



Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho Penal
Maestría en Derecho Penal

Las entrevistas a los empleados en las investigaciones internas pre-judiciales de las empresas y el nemo tenetur. Una propuesta de solución

Autora: Rosario Alessandretti

DNI: 36.170.130

Director de Tesis: Francisco I. Castex. Doctor en Derecho

Buenos aires, 1 de diciembre de 2020

Abstract

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las entrevistas de los empleados llevadas a cabo en el marco de las investigaciones internas realizadas por las personas jurídicas y su vinculación con el *nemo tenetur*. Una vez que se conceptualicen las diferentes investigaciones internas que la empresa puede realizar, se investigue el desarrollo de las entrevistas a los empleados, así como el fundamento del *nemo tenetur* y si las personas jurídicas son titulares de garantías constitucionales, se elaborará una conclusión en la que se responderá: 1) si el empleado se encuentra amparado por el *nemo tenetur* durante la entrevista y 2) cómo se utilizará la prueba obtenida mediante la declaración del trabajador (cuestión de la utilización de la prueba) en un eventual proceso penal.



Universidad de
San Andrés

Agradecimientos

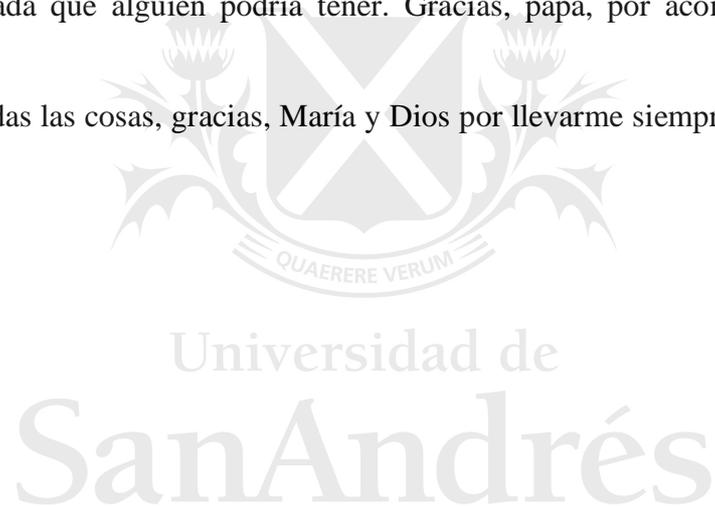
Muchas personas han sido partícipes de este trabajo, ya sea con un aporte primario, como también con un aporte secundario que, en la mayoría de las ocasiones, significó apoyo psicológico para calmar miedos, ansiedades y darme fuerza para seguir adelante.

Gracias, Dr. Francisco Castex, por su constante motivación, confianza depositada, generosidad y orientación en el camino. Gracias, Dr. Eugenio Sarrabayrouse, por su generosa dedicación- el tiempo es lo más valioso que tiene uno, suelo decir- y Ud. ha brindado mucho del suyo para aconsejarme con este trabajo.

Gracias, Dr. Ezequiel Malarino y Dr. Daniel Pastor, por su enorme apoyo al coordinar con la Universidad de Göttingen mi estancia de investigación para realizar este trabajo.

Gracias Bernardo, Mercedes, Elena y Mariano, por su constante aliento y soporte. Son la mejor hinchada que alguien podría tener. Gracias, papá, por acompañarme desde arriba.

Y, por sobre todas las cosas, gracias, María y Dios por llevarme siempre en la palma de sus manos.



Índice

I. Investigaciones internas

A. Concepto

B. Clasificación de las investigaciones internas

C. Fases que componen las investigaciones internas

II. Puntos sensibles en las investigaciones internas

A. Intervención de las telecomunicaciones

B. Registro de efectos personales en el ámbito empresarial

C. Declaraciones de los empleados

III. Las declaraciones de los empleados

A. El *nemo tenetur*

B. Derecho comparado: las declaraciones de los empleados en España y en Estados Unidos

III.B.1.i Estados Unidos. Marco general

III.B.1.ii Declaraciones de los empleados

III.B.2.i España. Marco general

III.B.2.ii Declaraciones de los empleados

IV. ¿La persona jurídica es titular de garantías constitucionales?

A. La discusión en el derecho europeo

B. El sistema interamericano

C. La discusión en Argentina y las consecuencias de considerar a la persona jurídica como titular de garantías y otros derechos fundamentales

V. Conclusión

VI. Bibliografía

Introducción

En los últimos veinte años, nuestro país ratificó cuatro convenciones internacionales de lucha contra la corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción¹ (1996); la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales², de la OCDE (2000); la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional³ (2002) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴ (2006). Esta situación refleja la clara política estatal que tiene Argentina en adherirse a la mencionada lucha⁵. La sanción de la Ley 27.401, que establece un sistema integral de responsabilidad penal de las personas jurídicas, también fue el resultado de dicho compromiso internacional asumido por nuestro país.

Esta última ley, Ley 27.401, incorporó además, bajo la forma de programa de integridad, una disciplina, también universalizada que se dio en llamar *compliance programs* (programas de cumplimiento). La *compliance* consiste en políticas privadas o mecanismos internos implementados por las compañías para detectar y prevenir que se cometan delitos en su seno.

Tal como indica CASTEX “la reforma que se introduce tiene, como es sabido por todos, un origen y un espíritu filosófico de naturaleza anglosajona distante por cierto de las bases continentales en las que se sustenta nuestro sistema normativo general y en especial el saber penal⁶”. Esto se ve claro en el artículo 9 de la Ley 27.401 que prevé la exención de pena para la persona jurídica que, además de otros dos requisitos⁷, espontáneamente haya denunciado la comisión de un delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna. Así, del mismo modo que encontramos cada vez mayores exigencias para que las empresas se autorregulen e implementen sistemas idóneos de control y prevención de irregularidades, también

¹ Ley 24.759

² Ley 25.319

³ Ley 25.632

⁴ Ley 26.097

⁵ Cuestión que se refleja en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo. Disponible en: <http://archivo2017.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/OA-Proyecto-RPPJ-consolidado-julio-2016.pdf> [último acceso el 12/02/2020].

⁶ CASTEX, “La nueva Ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 1era edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 18.

⁷ Hubiere implementado un sistema de *compliance* adecuado y hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido (art. 9 incisos b y c, respectivamente).

asumen un papel cada vez más importante las prácticas que se implementan para investigar y eventualmente sancionar ilicitudes⁸. En este sentido, puede constatar, como consecuencia de los programas de *compliance*, la existencia de un segundo sistema de regulación –paralelo al estatal–, que constriñe a las empresas a prevenir, descubrir y sancionar infracciones de la ley⁹.

El auge de las *internal investigations*—como así también del *criminal compliance* en general— está ligado a las medidas adoptadas por los gobiernos de los Estados Unidos y de algunos miembros de la Unión Europea a partir de los escándalos de corrupción derivados de los casos “Odebrecht”, “Ralph Lauren”, “Enron, Merck & Company”, “Riggs Bank” y “Siemens AG”, entre otros¹⁰. La investigación de casos como estos es realmente compleja pues, los hechos suelen desarrollarse en distintos países, con la participación de muchos actores - en algunos supuestos son personas jurídicas con complejas estructuras- y los montos dinerarios involucrados suelen ser exorbitantes.

Por eso es que las investigaciones internas, que son parte del *compliance*, surgen para lograr mayor eficacia y poder desentramar maniobras de corrupción de gran dimensión. Las declaraciones de los empleados -que no sólo incluyen a los administrativos, sino también a gerentes generales y directores- en el marco de una investigación interna en la empresa son, justamente, un elemento crucial para lograr la mencionada eficacia.

El éxito de la investigación interna llevada a cabo por la persona jurídica, es un factor clave para que ésta logre la eximición de responsabilidad penal - tal como prevé el artículo 9 de la Ley 27.401- y, además, para poder prevenir, investigar y, eventualmente, sancionar los delitos de corrupción.

Antes que nada, es importante mencionar que el objetivo de este trabajo no es discutir acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ésta ya es una cuestión zanjada. Entonces, partiendo desde esta realidad, en primer lugar, se conceptualizarán, clasificarán e identificarán las etapas de las investigaciones internas. Esta distinción, a los fines de analizar la garantía del *nemo tenetur*, es importante

⁸MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN, (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 487-488.

⁹ MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN, (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 488.

¹⁰ “Embraer” (2009), “Ball Corporation” (2011), “Biomet” (2012), “Pan American Energy” (2015), son algunos ejemplos. Cfr. CASTEX, “La nueva Ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 1era edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, pp. 20-26

porque este trabajo se centrará en las investigaciones internas pre-judiciales en las que no interviene el Estado, sino que se desarrollan en el seno de la empresa. Distinto sería el caso en las investigaciones internas para-judiciales en las que las personas jurídicas actúan como auxiliares de una investigación estatal ya en curso. En segundo lugar, se identificarán cuáles son los puntos sensibles de dichas investigaciones a la luz de las garantías del proceso penal y derechos constitucionales de nuestro país. Esta identificación, llevará, en tercer lugar, a analizar la relación entre las entrevistas a los empleados y el principio *nemo tenetur*. En este punto se estudiará el fundamento de dicho principio para poder entender de manera profunda la vinculación entre las entrevistas a los empleados en una investigación interna pre-judicial y el *nemo tenetur*.

En cuarto lugar, se analizará si la persona jurídica es titular de garantías constitucionales. Esto es importante porque, en caso afirmativo, la investigación interna eficaz – que permitiría alcanzar la exoneración de responsabilidad penal de la empresa- encontrará fundamento en dichas garantías (derecho de defensa y principio de culpabilidad) y, además, tratándose de investigaciones pre-judiciales, no podría alegarse la existencia de la potestad punitiva del Estado. Ergo, alegar una vulneración al *nemo tenetur* de los empleados entrevistados, carecería de sentido.

Finalmente, se elaborará una conclusión en la que se responderá: 1) si el empleado se encuentra amparado por el *nemo tenetur* durante la entrevista y 2) cómo se utilizará la prueba obtenida mediante la declaración del trabajador (cuestión de la utilización de la prueba).

Para cumplir con el objetivo de este trabajo, se analizará, en primer lugar, doctrina nacional y extranjera. Además, se estudiará jurisprudencia y legislación tanto del fuero Penal como del fuero Laboral, también nacional y extranjera.

Asimismo, es crucial estudiar cómo se llevan a cabo las investigaciones internas empresariales en países que ya tienen regulado el sistema de *compliance*. Estados Unidos es un caso emblemático, por eso se analizará, y también se estudiará el sistema en España ya que tiene una ley muy similar a la argentina.

A la hora de analizar si la persona jurídica es titular de garantías constitucionales, se recurrirá a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de países europeos y de Argentina. Además, se investigará la legislación de países europeos como por ejemplo España y Alemania.

I. Investigaciones Internas

I.A. Concepto

La empresa como agente económico y social que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, ha de tener derechos pero también deberes, entre los que se incluye la responsabilidad penal¹¹. Desde esta perspectiva, se ha considerado necesario alentar la autorregulación para manejar adecuadamente los riesgos que amenazan la sociedad moderna¹², fundamentalmente cuando provienen de complejas organizaciones empresariales que, debido a su tamaño y complejidad interna, no permiten una intervención o regulación externa directa¹³. Las personas jurídicas deben prever mecanismos internos directos para prevenir y descubrir comportamientos ilícitos. Para ello se reconoce la responsabilidad directa de la propia corporación, imputándole a ella misma los elementos delictivos, al margen de la concreta responsabilidad penal de la persona física¹⁴.

De esta manera, se transfiere el control del riesgo a las empresas autorreguladas. El “derecho a la autorregulación” viene acompañado del deber de hacer frente a las consecuencias de ejercer las potestades autorreguladoras concedidas. La empresa tiene la obligación de monitorizar y controlar los riesgos que derivan de su propia actividad empresarial y hacerlo, además de forma diligente¹⁵.

En este sentido, la sanción de la Ley 27.401, que instauró en Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas, implicó el creciente interés por el

¹¹ PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, 1era edición, Comares, Granada, 2017, p. 215.

¹² En este sentido, con cita de Helmut Willke, Carlos Gómez- Jara Díez se refiere a los riesgos a que está expuesta la vida social moderna, que afectan, entre otros, a la propia salud, el medio ambiente, el sistema financiero, etc: GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2da edición, Civitas, Madrid, 2016, p. 93.

¹³ PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, 2017, p. 215.

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros”, en ROMEO CASABONA y FLORES MENDOZA, (ed.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, 1era edición, Comares, Granada, 2012, p. 462.

¹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 30.

estudio del *compliance*. Palabra que se ha puesto sumamente en boga en el ámbito de la academia del derecho penal. *Compliance* equivale a *compliance programs* y por ello a “programas de cumplimiento” de la legalidad¹⁶. Los programas de cumplimiento son, justamente, “los sistemas internos de control que tienen algunas empresas con el fin de evitar incumplimientos normativos serios por parte de sus empleados y directivos o, de producirse estos, detectarlos”¹⁷.

Dicho esto, cabe preguntarse ¿cómo se previenen dichos incumplimientos normativos? En primer lugar, es necesario un sistema de normas, éste alude a un código ético o código de conducta. Tal código debe incluir, entre otras cosas¹⁸, las normas de conducta cuya infracción constituye uno de los delitos individuales que puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa. Y ha de expresar su carácter vinculante para todos los empleados de la empresa y para los directivos¹⁹. El sentido de estos protocolos debe entenderse como una tarea de colaboración con el legislador penal, transfiriendo al interior de la empresa estándares de cuidado públicos, para hacerlos más accesibles y para reforzar su carácter vinculante. “Allí donde tales estándares no existan deberán asentarlos inicialmente las empresas bajo la atenta mirada de los fiscales y de los jueces”²⁰. No se trata de “sustituir la regulación estatal por una autorregulación de las empresas, sino todo lo contrario, adoptar mecanismos que garanticen en la medida de lo posible que se cumple con la normativa estatal [...]. Aquí no se trata, obviamente, de sustituir al Estado, sino de aplicar lo que éste establece”²¹.

El contenido de los códigos de conducta variará de una empresa a otra, pues debe adecuarse a los riesgos propios de cada una, pero hay dos funciones que todos deben cumplir: 1) determinar las situaciones riesgosas que se dan en la empresa e 2) informar

¹⁶ LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 1era edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 111.

¹⁷ ALONSO GALLO, “Los programas de cumplimiento”, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 1era edición, Madrid, Civitas, 2011, p.148.

¹⁸ El código de conducta de una empresa, expresa los valores y estándares éticos por los que se guía dicha organización. No sólo están compuestos por normas cuya infracción implicará potenciales ilícitos, sino también por otras cuestiones como por ejemplo: procedimientos en caso de enfermedades, debido trato entre empleados y entre éstos y empleadores, usos y costumbres en la actividad empresarial, etc.

¹⁹ LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 2013, p. 129.

²⁰ LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 2013, p. 129.

²¹ ALONSO GALLO, “Los programas de cumplimiento”, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, p.150.

a los miembros de la entidad cuáles son sus obligaciones respecto a esas situaciones de riesgo y determinar con claridad las conductas prohibidas y permitidas²².

En segundo lugar, si se quiere que el código ético o de conducta mencionado sea real y no una mera ilusión, es necesario que se incorporen estrategias dirigidas a asegurar su vigencia. Para esto es importante detectar los incumplimientos de las normas y sancionarlos. Esto supone la instauración de sistemas específicos de control y, además, la implantación de un cauce suficiente de denuncias y de un protocolo de investigaciones internas. Este segundo punto es el que, por medio de este trabajo, se pretende estudiar en profundidad.

Las investigaciones internas responden, en cierta manera, a una privatización del proceso penal²³. La empresa asume ahora un rol que tradicionalmente han desempeñado policías y fiscales: la investigación de delitos. Esto responde a que las autoridades judiciales no disponen los medios necesarios para investigar estos casos tan complejos y han sido precisamente estas limitaciones fácticas a la hora de investigar, las que han impulsado la asunción de esta nueva tarea por parte de las empresas²⁴. Además, la propia Ley 27.401 exige que la empresa lleve a cabo investigaciones internas y que cuente con un sistema de control y supervisión adecuado²⁵.

I.B. Clasificación de las investigaciones internas

Es posible distinguir varias clases de investigaciones corporativas internas²⁶: 1. En función del objeto de investigación se puede diferenciar entre investigaciones internas sobre ilícitos penales; investigaciones internas sobre ilícitos extrapenales e investigaciones sobre incumplimientos contractuales; 2. las investigaciones corporativas internas tanto pueden dirigirse a esclarecer la comisión de hechos ilícitos ya cometidos

²² DIRK BLUMENBERG y GARCÍA MORENO, “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014, p.286.

²³ FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions», *North Carolina Law Review* 89, 2010, p. 29. Disponible en: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4468&context=nclr> [último acceso el 13/02/2020].

²⁴ DIRK BLUMENBERG y GARCÍA MORENO, “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 293.

²⁵ Ley 27.401, artículo 9

²⁶ ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 1era edición, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 201-202.

o que se están cometiendo, como a evitar su futura realización. Es decir, investigaciones esclarecedoras como investigaciones preventivas; 3. en función del sujeto pasivo hay, al menos, cuatro supuestos que pueden dar lugar a una investigación interna: 1º cuando se trate de infracciones cometidas por los trabajadores contra la empresa (hurto de sus bienes, apropiación indebida, etc.); 2º en el caso de ilícitos cometidos por los empleados contra otros trabajadores compañeros (acoso sexual, acoso laboral, hurtos);²⁷ 3º cuando se cometan infracciones por los empleados a través de la empresa²⁸; 4º cuando el empresario tenga interés en controlar e investigar a sus empleados, en los casos en los que debe velar por su vida, salud e integridad, es decir, cuando el empresario debe evitar las autopuestas en peligro de sus trabajadores, al ser garante de su integridad física²⁹.

Asimismo, y para el objeto de estudio de este trabajo, es crucial la clasificación que divide a las investigaciones internas en: investigaciones pre-judiciales y las parajudiciales. Las primeras se producen con anterioridad a la existencia de una investigación penal. Generalmente se inician tras la recepción de una denuncia, a través de los sistemas de denuncias internas (*whistleblowing*)³⁰. Por consiguiente, constituyen la primera respuesta de la empresa ante una actividad supuestamente ilícita. En función de la denuncia recibida y del grado de sospecha acerca de la ilicitud o no de la actividad denunciada, la intensidad de la respuesta mediante la investigación será diferente, es decir, la actitud que adopte la persona jurídica dependerá de la gravedad de la sospecha³¹. De todas formas, la respuesta por parte de la empresa tiene que ser lo más rápida posible para lograr una mayor eficacia en la investigación y, así, lograr que se excluya su responsabilidad por considerarse que se ha comportado como buen ciudadano corporativo y que ha colaborado en el esclarecimiento del delito. Una vez recabado el material de la investigación, la empresa podrá decidir si lo entrega totalmente a la Fiscalía, para obtener beneficios por la colaboración, si entrega

²⁷ Estos dos supuestos se denominan criminalidad en la empresa.

²⁸ Lo que se conoce como criminalidad de la empresa.

²⁹ Al respecto resulta relevante saber que existe una línea jurisprudencial que considera que el empresario tiene un deber omnipresente de vigilancia, de modo que éste debe responder (a modo individual, bien en exclusiva, bien en concurrencia de culpas) en comisión por omisión por los daños personales que sufran sus trabajadores, aunque se hayan causado, al menos en parte, por su propia impericia (ver en este sentido: MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción”, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 1era edición, Comares, Granada, 2006, pp. 388-391.

³⁰ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Arazandi, Navarra, 2016, p. 222.

³¹ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 222.

únicamente lo que le interesa, si no entrega nada, etc. Ello suele suceder, porque, al tratarse de una investigación preliminar, en fase pre-procesal, la compañía puede realizarla con mayor libertad³². La realización de las investigaciones internas pre-judiciales reviste una enorme importancia de cara a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ello obedece a que ayudan a verificar si la sospecha o denuncia que se investiga constituye un ilícito aislado o si en verdad es producto de una red de o sistema de corrupción que, con la venia de la cúpula directiva o por simple negligencia de ésta, se encuentra enquistada en la empresa³³.

No debe soslayarse que, una investigación privada en la que no hay intervención estatal, implicaría, en principio, que su marco no venga delimitado por el Derecho Procesal Penal, sino por el Derecho del Trabajo. En cambio, en las investigaciones para-judiciales, ya existe una investigación judicial dirigida contra la persona jurídica. En este caso, la investigación interna actúa como complemento de la investigación judicial, como un medio para ayudar y colaborar con las autoridades, pues los indicios delictivos han trascendido de la esfera interna de la sociedad³⁴. La persona jurídica queda limitada por las actuaciones y pesquisas investigadoras del órgano instructor.

Las investigaciones internas a cuyo estudio se dirige este trabajo son las pre-judiciales. Justamente, el objetivo final de este trabajo es elaborar una especie de protocolo para que el proceso de investigación interno llevado a cabo por la empresa, específicamente en lo que a las declaraciones de los empleados se refiere, resulte válido y útil en el proceso penal. Todo esto en miras de obtener la exención de pena que prevé el artículo 9, inciso a, de la Ley 27.401: “quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna”.

Esta eximición, constituye probablemente la máxima expresión de la autorregulación regulada y está llamada a desempeñar un papel fundamental en la aplicación de este tipo de responsabilidad³⁵.

³² GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 222.

³³ MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 499.

³⁴ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 222.

³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 197.

I. C. Fases que componen las investigaciones internas.

Tal como establece el apartado 3.7 de la Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción³⁶, por la que se aprobaron los “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”: “no puede definirse de antemano un modo único y exclusivo de llevar adelante una investigación. Ello no depende sólo de aspectos vinculados con el nivel de riesgo, los recursos y las dimensiones de la persona jurídica sino que también se relaciona íntimamente con la organización interna, la idiosincrasia y cultura de la organización, la fisonomía del control interno y la disponibilidad propia de recursos para afectar a la tarea en función de la necesidad coyuntural que ésta represente”³⁷. De todas maneras, es posible identificar fases comunes a toda investigación interna. Al respecto se podrían indicar: 1. El inicio de la investigación y análisis de su procedencia; 2. La recopilación de información; y 3. La propuesta de resolución. No es el objetivo de este trabajo explayarse en cada una de las fases, pero sí se consideró importante mencionarlas para tener una noción de cómo debería ser una investigación interna y su similitud con las fases de un proceso penal.

II. Puntos sensibles en las investigaciones internas

De manera general debe decirse, ante todo, que el desplegar acciones de investigación interna constituye un derecho de la persona jurídica como correlato de sus facultades de organizar su actividad lícita libremente (artículo 64 Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, en adelante LCT) y como consecuencia de su derecho como empleador de controlar los medios de producción de su propiedad (artículo 70 LCT).

³⁶ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/314938/norma.htm> [último acceso el 30/01/2020].

³⁷ La guía sobre la evaluación de programas de cumplimiento corporativo, actualizada por el Departamento de Justicia de los EE.UU. en abril de 2019. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>, [último acceso el 30/01/2020] incorpora una serie de preguntas en relación a los “Reportes confidenciales e investigaciones“. Respecto a las investigaciones internas, la guía recomienda preguntarse: ¿cómo ha asegurado la compañía que las investigaciones hayan tenido el alcance adecuado, hayan sido independientes, objetivas, se hayan llevado a cabo correctamente y estén debidamente documentadas? Con respecto al resultado de las investigaciones internas: ¿se ha identificado la causa raíz de la irregularidad, las vulnerabilidades del sistema y las fallas en la rendición de cuentas, incluso entre los altos ejecutivos? ¿Cuál ha sido el proceso para responder a los hallazgos de la investigación interna? ¿Qué tan alto en la empresa llegan los hallazgos de la investigación?

La Oficina Anticorrupción indicó al respecto que: “La configuración de una actividad de dichas características en ejercicio de tales derechos no puede bajo ninguna circunstancia estar encorsetada en los límites jurídicos propios de la investigación criminal en sede penal ni sirven tampoco de auxilio interpretativo los límites propios del derecho disciplinario en la órbita estatal”³⁸.

No obstante, indicó que “Sí es imprescindible que tanto en su reglamentación interna como en su faz práctica tal actividad respete los límites derivados de los derechos de los trabajadores. Especialmente importante es que se evite afectar su intimidad (artículo 18 Constitución Nacional y artículo 73 LCT), privacidad (artículo 19 Constitución Nacional) y dignidad (artículos 70 y 72 LCT)”³⁹.

“En tal sentido; El carácter de las medidas de investigación debe ser necesario, igualitario y proporcional (se infiere de "discreción" y "medios de selección automática", artículo 70 LCT). El manejo de la información debe cumplir con directivas de obtención y tratamiento de datos personales (artículo 43 Constitución Nacional y Ley N° 25.236)”⁴⁰.

“Con relación a límites sustantivos, como principio general, todo aspecto de interés para la persona jurídica puede ser investigado. A modo de ejemplo, es posible mencionar presuntos delitos, faltas disciplinarias, daños a bienes de la organización, sucesos que produjeron gran conmoción interna, escándalos, entre otros. No obstante, no es posible indagar (y así debe plasmarlo la regulación interna) acerca de aspectos estrictamente privados tales como preferencias sexuales, políticas, religiosas, sindicales o culturales de los trabajadores. Con relación a las cuestiones partidarias, sólo será posible la indagación sobre aspectos atinentes al aporte económico de parte de la organización a entidades partidarias o campañas electorales pero no de otra naturaleza”⁴¹.

“Es importante que las acciones de investigación interna respondan a un previo protocolo interno escrito, aprobado por el Directorio, respetuoso de los límites antedichos, previamente comunicado y, de ser posible, acordado con los destinatarios en los aspectos pertinentes (en un acuerdo documentado por escrito)”⁴².

“Allí, al igual que en el Código de Ética, deberán regularse las cuestiones relativas al acceso a los medios y dispositivos que el empleador pone en manos de los trabajadores.

³⁸ Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

³⁹ Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

⁴⁰ Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

⁴¹ Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

⁴² Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

El trabajador debe ser advertido de que la información almacenada en dichas fuentes es propiedad de la persona jurídica y que debe abstenerse de hacer un uso privado de ellas en su tarea cotidiana. El trabajador debe saber que, si lo hace, no puede tener expectativa de excluir a la organización del conocimiento de tal uso privado si en el marco de una investigación interna aparecen motivos válidos para indagar en ellos. Lo mismo sucede con los controles, cuya realización debe ser un hecho conocido de manera fehaciente (por ejemplo, mediante la firma de la política aplicable si existiera). Aun si se avisa antes, todo acceso tiene que justificarse en necesidades claras de investigación, seguridad u operación y limitarse a lo indispensable para asegurar esas necesidades⁴³”.

Como se ve, en el transcurso de la investigación interna se plantean una serie de cuestiones decisivas desde el punto de vista jurídico. No se pretende aquí agotar este tema, sino llamar la atención sobre las cuestiones más problemáticas⁴⁴. La primera cuestión se centra en las protecciones jurídicas que pueden recibir determinados tipos de investigaciones⁴⁵. En concreto, uno de los temas más debatidos de la última década ha sido la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente⁴⁶. La segunda cuestión se refiere a las formas y métodos de asegurar la cadena de custodia de las denominadas evidencias digitales (*digital evidence*), puesto que la ausencia de autoridades que lleven a cabo la investigación supone, en principio, una merma de la presunción de la que se ven provistas dichas investigaciones⁴⁷. La tercera cuestión que, como se dijo, constituye uno de los objetivos centrales de este trabajo, se refiere a los derechos que asisten a las personas físicas durante esa investigación, ya que una

⁴³ Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción.

⁴⁴ Además de las desarrolladas en el texto, otros problemas que se están advirtiendo en la práctica internacional a la hora de aplicar eximiciones de responsabilidad o atenuantes por la colaboración de la persona jurídica son los siguientes: en primer lugar, será la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal el que determine unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta tenga oportunidad judicial o extrajudicial alguna de cuestionar dicha determinación. En segundo lugar, en algunos ordenamientos incluso se ha exigido a las empresas que, en contra de sus contratos previamente firmados, no abonaran los gastos de defensa de sus empleados (GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 202).

⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 201.

⁴⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 201.

⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 201.

adecuada información de las mismas resulta vital para asegurar no sólo la objetividad de aquélla, sino la posibilidad de poder utilizar sus resultados posteriormente en cualquier procedimiento judicial- especialmente si es de naturaleza penal⁴⁸.

Tal como surge de las disposiciones de la Oficina Anticorrupción, las investigaciones internas se rigen por el Derecho del Trabajo, por lo que resulta difícil que se establezcan las mismas garantías del proceso penal⁴⁹.

No obstante, es importante tener en cuenta que las investigaciones internas no sólo implican el interrogatorio a los empleados, sino también otras cuestiones en las que los derechos a la intimidad, privacidad y protección de datos personales, podrían verse vulnerados, por ejemplo como se verá en el punto que sigue, la intervención de las telecomunicaciones de los empleados. Es decir, a la hora de realizar una investigación interna no todo vale⁵⁰, puesto que, si no se respetan determinadas garantías constitucionales, ello tendrá incidencias negativas muy importantes en el proceso penal⁵¹.

En este sentido debe tenerse en cuenta que en el ámbito de dichas investigaciones, la persona- o los profesionales encargados de realizar dichas investigaciones- ocupan una posición semejante a la que ocupa la fiscalía. Por tanto, la supervisión de cumplimiento de los procedimientos o normas que se hayan establecido para controlar los riesgos identificados en una compañía no pueden convertirse en un poder indiscriminado y

⁴⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 201.

⁴⁹ El Tribunal del Land de Hamburgo se expidió en esta dirección al considerar que las investigaciones internas a diferencia de las investigaciones realizadas por las autoridades públicas no están sujetas al derecho procesal penal, sino al derecho del trabajo (LG Hamburg de 15 de octubre de 2010, NJW 2011).

⁵⁰ “Ello ha quedado claro al menos desde los escándalos sobre protección de datos que hace algunos años conmovieron masivamente a la opinión pública alemana. En 2006 la empresa Deutsche Telekom interceptó las comunicaciones privadas de sus empleados con el objetivo de descubrir si habían pasado a la prensa información confidencial del consejo de administración. En 2008 el Deutsche Bahn comparó las cuentas bancarias de todo su personal con los datos financieros de la empresa para así detectar flujos de sobornos. En 2009 la cadena de supermercados Lidl grabó con cámaras ocultas a sus empleados en los vestuarios y en las salas de descanso y les sonsacó información sobre su vida privada mediante confidentes. Todo esto sucedió apelando al *compliance* (los hechos delictivos deben ser descubiertos) pero infringiendo la normativa de protección de datos vigente, motivo por el que se impusieron multas millonarias. Y lo peor de todo fue el daño a la imagen: muchos consumidores evitaron durante mucho tiempo los supermercados de la firma Lidl; así mismo el escándalo le costó el puesto al presidente del consejo de administración del Deutsche Bahn. Desde entonces es incuestionable que el *compliance* debe ser lícito: las medidas de control no pueden lesionar los derechos laborales”, MASCHMANN, “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 147.

⁵¹ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 227.

absoluto del empresario⁵². La legitimidad del control se ha de someter a una adecuada justificación, entendida en términos de conexión y pertinencia para valorar el cumplimiento del programa, a fin de evitar un acceso y utilización indiscriminados de datos personales del empleado⁵³.

De todas formas, el riesgo de un control indebido o de abuso viene en parte conjurado gracias al carácter profesional del sujeto encargado de activar el programa de vigilancia. En la medida en que los programas de cumplimiento atribuyan a esta función de supervisión y control a un órgano independiente, la posibilidad de desvirtuar el fin de la misma se reduce y habrá una mayor protección de los valores de privacidad de los sometidos al control⁵⁴. El *compliance officer* comporta una garantía para el control de esa vigilancia, porque se trata de una figura que, aunque creada por la empresa, desempeña su función de manera independiente de ella, y, por tanto, no sometida a la estructura jerárquica de ésta⁵⁵.

Veamos ahora de manera sintética⁵⁶, de qué actuaciones derivarían potenciales conflictos respecto a los derechos de los empleados investigados.

II. A Intervención de las telecomunicaciones y datos personales

A la hora de intervenir las telecomunicaciones, correos electrónicos y demás medios telemáticos, la persona jurídica puede lesionar el derecho fundamental a la intimidad. En Argentina, el artículo 18 de la Constitución Nacional, establece que “...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...”.

⁵² GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014, p. 392.

⁵³ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014, p. 392.

⁵⁴ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 392.

⁵⁵ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 392.

⁵⁶ No se pretende analizar en profundidad cada uno de los supuestos, de hecho seguramente haya más, pues el trabajo se centra en el estudio de las entrevistas a los empleados.

Este derecho al secreto protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos sean sujetos públicos o privados.

La Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 establece en su artículo 18 la inviolabilidad de las telecomunicaciones, y en el 19 aclara el significado de dicha inviolabilidad: prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos. Como corolario el artículo 20 establece que las personas afectadas a los servicios de telecomunicaciones están obligadas a guardar secreto de la existencia y contenido de la correspondencia, de lo que no se excluye a cualquier persona que tenga conocimiento de dichos extremos, según reza el artículo 21.

Por su parte, la Ley 25.520 de Inteligencia Nacional en su artículo 5 consagra también este derecho: “Las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario”.

Finalmente, no debe soslayarse la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 25.326, que tiene por objeto “la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.

Todas estas normas reflejan la importante protección que la legislación argentina otorga al derecho a la intimidad de la persona, a la privacidad de las comunicaciones y a la protección de los datos personales. Y dado que, en el marco de una investigación interna, los *emails*, computadoras y demás dispositivos electrónicos pueden ser objeto de análisis, podría ser que el ejercicio de dichos derechos no sea absoluto.

Debe resaltarse que en la actualidad hay una tendencia a permitir que los empleados usen sus dispositivos personales en el trabajo (fenómeno bautizado *Bring Your Own*

Device). Práctica impulsada no sólo por las empresas para lograr una mayor eficiencia y productividad, sino además preferida por los empleados quienes desean utilizar el propio dispositivo personal (su tableta o Smartphone) para cuestiones corporativas o personales (acceder a redes sociales, consultar la prensa, etc.)⁵⁷.

El uso de aplicaciones empresariales personalizadas le permite a la empresa ejercer un monitoreo y control casi absoluto de la actividad del empleado. Las aplicaciones pueden recoger datos profesionales y personales del trabajador: la empresa puede acceder a datos confidenciales del empleado almacenados en el dispositivo (desde mensajes SMS hasta todo lo incorporado en la tarjeta SD)⁵⁸.

Es evidente que la empresa no puede implementar un esquema de monitoreo constante. El control de los datos personales y la intervención de las comunicaciones del empleado sólo será legítima si se encuentra conectada de forma inseparable a la razón organizativa y productiva⁵⁹. Además, es importante que estas actuaciones se encuentren debidamente estipuladas en el Código de Conducta y consentidas por el empleado para que no configuren una sorpresa para aquel y, de este modo, que no se afecte su expectativa de privacidad.

II. B Registro de efectos personales en el ámbito empresarial

Los registros sobre los empleados y sus efectos personales también podrían tener lugar en las investigaciones internas. Ésta se trata de una facultad excepcional del empresario sometida a estrictos límites⁶⁰. La facultad que tiene la empresa para llevar a cabo esta medida deriva del artículo 70 de la Ley de Contrato de Trabajo el cual dispone que “los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán

⁵⁷ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 391.

⁵⁸ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 391.

⁵⁹ GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 391.

⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014, p. 433.

practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal”.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha interpretado los alcances y límites de esta potestad sosteniendo que: “...las relaciones laborales se basan en el respeto mutuo, en la buena fe y en el sentido común, por imperio de la buena fe (RCT, art. 63) los trabajadores tienen derecho a negociar en la empresa o en los convenios colectivos los medios de control, para garantizar en la realidad la dignidad personal...”; “...En toda circunstancia, los medios de control deben ser comunicados a la Administración del Trabajo (RCT, art. 71)...”; “...Si el empleador utilizare medios reñidos con la buena fe (RCT, art. 63) y vulnerase la dignidad de los trabajadores, no puede basarse en los resultados obtenidos para sancionar disciplinariamente al infractor descubierto por así impedirlo la teoría del “fruto envenenado”, utilizada en derecho penal...”; “...ninguna negociación existe respecto de la vigilancia televisiva de los empleadores, por lo que la misma procede de la decisión personal del empleador...”; “...El empleador ha violado su obligación de respetar la dignidad de los trabajadores (RTC, art. 70), porque su conducta debe ser comunicada a la Administración del Trabajo a los efectos policiales...⁶¹”.

En otro precedente del mismo fuero se dijo que “la potestad a la que alude el artículo 70 de la ley de contrato de trabajo está sujeta a regulaciones que implican, entre otras cosas, que el empleado conozca la modalidad de control y, según el supuesto, su oportunidad. En el caso, se desprende que la inspección debía llevarse a cabo con la intervención de un delegado sindical y ante la presencia del empleado⁶²”.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se ha expedido al respecto en un caso en el que se analizó si se había vulnerado el derecho a la propiedad y a la intimidad al abrir el *locker* de un empleado ante la sospecha de que se habían utilizado máquinas del laboratorio, de propiedad de la denunciante, indebidamente.

Respecto del procedimiento llevado a cabo en el laboratorio, la denunciante refirió que se trató de una autoinspección interna, denominada “Normas de Buena Fabricación”, que consistía en una revisión (total o parcial) de sectores del laboratorio y que en dicha ocasión se procedió a abrir los armarios de todos los empleados del laboratorio. Si bien

⁶¹ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO (CNAT), Sala VI, “Figuroa, Sergio A. c. Compañía de Servicios Hoteleros S.A.”, rta. el 15/07/2002.

⁶² CNAT, Sala V, “B.M.C. Casino de Buenos Aires y otros”, rta. el 05/07/2007.

normalmente se realiza ante un delegado gremial, en esta oportunidad convocó a un escribano público atendiendo a que la delegada no había asistido.

Los magistrados sostuvieron que “aplicadas aquellas consideraciones a la delimitación del ámbito de intimidad protegido por el artículo 18 C.N en relación al “locker” asignado a Farías, es factible sostener que el nombrado podía tener una razonable expectativa de privacidad sobre el recinto de acuerdo con las limitaciones impuestas por la legislación laboral. Dicho de otro modo, podía confiar en que nadie abriera su armario por fuera de los controles reglamentarios prefijados de antemano que debían contar con su presencia, así como con la intervención de un delegado sindical”⁶³.

Respecto a la posibilidad de realizar requisas en el ámbito laboral, podría concluirse que: 1) tiene salvaguardarse la dignidad del empleado; 2) se deben realizar por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal; y un tercer crucial elemento 3) los empleados tienen que conocer los controles.

El tercer elemento hace a la expectativa de privacidad, concepto trascendental tanto en lo que refiere a los registros de efectos personales como a la intervención de las telecomunicaciones. Los requisitos mencionados se verán cumplimentados si se confecciona un completo Código de Conducta que contemple todos los supuestos en los que se llevaría a cabo una investigación interna y la modalidad de ésta. Es razonable que, ante la sospecha de la comisión de un delito, la empresa inicie una investigación interna. Máxime cuando la propia norma (Ley 27.401), requiere dicha investigación como eximición de responsabilidad penal. Por ello, si se dan los supuestos que el Código de Conducta contempla para registrar los efectos de los empleados, nada obstaría a que ello ocurra ya que el contexto sería razonable y el trabajador sabría de antemano dicha posibilidad.

II. C Entrevistas a los empleados

Las entrevistas con empleados de la compañía son una parte clave en las investigaciones internas de la empresa. Si bien la evidencia documental puede proporcionar los hechos subyacentes de un caso, a menudo los relatos brindados por testigos aportan el contexto y el detalle de lo que sucedió. Pueden proporcionar información básica vital, arrojar luz

⁶³ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL (CNACCF), Sala I, “Farías Diego Hernán s/procesamiento”, rta. el 28/04/2009.

sobre las motivaciones de los involucrados y permitir que se evalúe la credibilidad de un individuo⁶⁴.

En el marco de una relación laboral, los empleadores se encuentran facultados para conversar con sus empleados y consultarles acerca del estado de los negocios y las gestiones que llevan adelante, como también a requerirles explicaciones sobre las irregularidades detectadas dentro de la estructura y que pudieran conllevar algún tipo de perjuicio para la firma⁶⁵.

En contrapartida, forma parte de las obligaciones del empleado informar a su empleador respecto de las tareas que realiza, y aportar toda la información que dispone como consecuencia del vínculo nacido de la relación laboral, pues de lo contrario podría incumplir deberes contractuales⁶⁶. En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 20.774 de Contrato de Trabajo enuncia los principios generales mediante los cuales el trabajador está obligado de forma activa y pasiva a dar cumplimiento a los términos del contrato de trabajo y a la conducta debida⁶⁷. Entre éstos, el principio de buena fe determina que el empleado deberá ajustar su conducta a lo que es propio del buen trabajador, esperándose lo mismo del empleador⁶⁸. En tal sentido, el principio de buena fe muchas veces puede funcionar como moderador entre los derechos del trabajador y los intereses del empresario⁶⁹. Además, recae sobre el empleado el deber de diligencia y colaboración, que le exige una dedicación adecuada al empleo, como también el deber

⁶⁴ SACCANI, “Investigaciones internas: una guía práctica”, en (dirs.) DURRIEU y SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, 1era edición, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, p. 314.

⁶⁵ Las facultades del empleador comprenden el conjunto de poderes o atribuciones que éste posee en función de los cuales ejerce el principio de autoridad como titular de los bienes de la producción, a fin de que los recursos humanos, combinados armónicamente con los recursos técnicos y los económicos, permitan el logro del fin de la empresa, consistente en la producción de bienes y servicios. En nuestra legislación, la Ley N° 20.774 contempla los deberes y facultades del empleador, entre los que pueden mencionarse: Facultad de organización –artículo 64- y Facultad de dirección –artículo 65-, Facultad de modificar las formas y modalidades de trabajo –artículo 66- y Facultades disciplinarias –artículo 67-.

⁶⁶ CASTANY, RODRÍGUEZ y VINUESA, “Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 1era edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 234.

⁶⁷ CASTANY, RODRÍGUEZ y VINUESA, “Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 2018, p. 234.

⁶⁸ El principio de “buena fe” previsto en el artículo 63 supone un deber básico ligado a la lealtad, transparencia y confianza que debe existir entre las partes.

⁶⁹ Cristina Rodríguez Yagüe, explica que la buena fe está referida a la forma de prestar el trabajo, siendo que el trabajador tiene la obligación de cumplir con lealtad y buena fe el contenido del contrato. Asimismo, señala que tanto el empresario como el trabajador tienen derecho a esperar de la otra parte una actuación leal, confiando que su actuación sea social y contractualmente correcta. De esta forma, la buena fe no impone únicamente deberes al trabajador, que además no pueden nunca alcanzar al de guardar secreto ante la comisión de un hecho delictivo, sino también al empresario que sólo podrá exigir una actuación de buena fe cuando la suya sea correcta (cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, “La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales”, pp. 19-21. Disponible en: www.cienciaspenales.net, [último acceso el 12/02/2020].

de fidelidad para guardar o reservar secretos respecto de la información que le imponga ese comportamiento⁷⁰.

Las mencionadas obligaciones y facultades cobran vital importancia en las investigaciones internas llevadas a cabo por la empresa.

III. Las declaraciones de los empleados

III. A El principio *nemo tenetur*

Para analizar qué tratamiento debería dársele a las declaraciones tomadas a los empleados en principio “sospechosos” en las investigaciones internas pre-judiciales, es necesario comprender el fundamento del principio *nemo tenetur*, pues se trata de una garantía que podría verse afectada.

Es importante contextualizar que las garantías son propias del derecho penal como límite al poder coercitivo del Estado. Esto es así porque los órganos del Estado obedecen a un interés objetivo de justicia. Ya no se trata de una función de reprimir, sino de averiguar la verdad de los hechos para hacer justicia⁷¹. VELEZ MARICONDE enseña que el proceso penal resulta una garantía individual puesto que necesariamente se interpone entre el delito y la pena, daño ocasión a la defensa del imputado⁷².

Se expropia el conflicto a los ciudadanos y es el Estado el encargado de proceder de oficio en la investigación penal. En este punto, resulta crucial lo que enseña MAIER en relación a cómo el debate sobre la función y los fines de la pena incide en las soluciones que se postulan en el Derecho Procesal Penal⁷³. Incluso en las acciones privadas o de instancia privada, en las que prima la autonomía de la voluntad particular, la pena continúa siendo una institución estatal, que aplican y ejecutan órganos del Estado. “El hecho de que, en los delitos de acción privada, el particular ofendido o su sustituto pueda renunciar al ejercicio de la acción ya iniciada (Código Penal artículo 59 inc. 4 y artículo 60) o perdonar la ejecución de la pena (Código Penal, artículo 69) tampoco

⁷⁰ Los deberes de diligencia y colaboración, y fidelidad, se encuentran previstos en los artículos 84 y 85 de la Ley 20.774, respectivamente.

⁷¹ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, 3era edición (actualizada por los Dres. Ayán y Cafferata Nores), Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, p. 17.

⁷² VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, 1986, p. 21.

⁷³ MAIER, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, 2004, p. 815.

rechaza la concepción explicada: sólo conforma una injerencia particular más vigorosa, pero siempre injerencia, en el principio de la pena estatal⁷⁴.

Entonces es en este contexto, aquél en el que la persecución penal conlleva como consecuencia una eventual pena estatal, y no otro, que rige el *nemo tenetur*.

Por ejemplo, el caso de absolución de posiciones o prueba de confesión, en un proceso civil, no es alcanzado por este principio porque en un proceso de derecho privado son discutidos intereses regidos por la autonomía de la voluntad y, por tanto, disponibles para las partes. Además, de dichos casos no surge la aplicación del poder punitivo del Estado manifestado a través de una pena.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre ha dicho que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo, contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, ampara solamente al procesado en causa criminal y, por tal razón, no impide la intimación en material civil de formular las manifestaciones pertinentes a las circunstancias del juicio⁷⁵.

En sentido similar, SPOLANSKY tiene dicho que "en el ámbito de las confesiones la prohibición de sancionar la falsedad o la reticencia sólo rige en el proceso penal"⁷⁶.

En relación con el *nemo tenetur*, la mayoría de la doctrina alemana, remitiéndose al § 666 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Código civil), considera que en realidad no existe ninguna necesidad de recurrir al mencionado principio ya que el empleador no se ocupa de la sanción penal de su empleado sino de la defensa de su propia posición jurídica⁷⁷. El § 666 BGB obliga al mandatario a dar información sobre el estado del negocio y a rendir cuentas sobre la ejecución del mandato. Como no regula ningún derecho a negar información, el mandatario debería rendir cuentas sobre el negocio que gestiona también cuando durante el ejercicio de esta actividad se haya cometido una conducta delictiva⁷⁸. Si se excluyeran estas conductas del deber de información el § 666 BGB no podría cumplir su función precisamente frente a las infracciones especialmente graves. Quien lesiona un bien jurídico ajeno debe hacerse responsable de ello y ha de procurar

⁷⁴ MAIER, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, 2004, p. 815.

⁷⁵ CSJN, Fallos: 238:416; 240:416; 253:493; 300:1173, entre otros.

⁷⁶ SPOLANSKY, "Nadie está obligado a declarar contra si mismo, falso testimonio y culpabilidad", *La Ley*, t. 140, p. 701.

⁷⁷ MASCHMANN, "Compliance y derechos del trabajador", en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 156.

⁷⁸ BGH del 30/04/1964, NJW 1964, p. 1469; BGH, NJW 1990, p.510.

la reparación. Si de este modo tuviera que reconocer su propia conducta delictiva debería asumirlo en tanto que la ley no lo libere expresamente de ello⁷⁹.

El Tribunal Supremo⁸⁰ mantiene que sólo existe una situación de conflicto provocada por el principio *nemo tenetur*: cuando la persona informante está expuesta a la presión estatal. No hay semejante conflicto cuando la información conduce al perjuicio jurídico o patrimonial de carácter civil.

ROXIN se ha referido a los límites a la protección frente a la auto-incriminación del derecho alemán. Uno de los aspectos a los que hizo alusión fue el de la auto-incriminación en el ámbito privado. “Lo que el autor del delito cuenta a sus conocidos o a otros sujetos particulares sobre su crimen, puede usarse para probar su responsabilidad, si llega a oídos de las autoridades encargadas de la investigación. Esto también resulta válido para lo que conversa un detenido con otro en la prisión sobre su delito (BGH NStZ 1989, 32)”⁸¹. También mencionó el caso de un gerente de empresa que, tras un robo, interroga al empleado. Sostiene que su declaración auto-incriminatoria puede utilizarse en el proceso por parte de las autoridades encargadas de la investigación⁸². El resultado de un interrogatorio realizado en privado y sin una previa instrucción de los derechos, puede ser utilizado procesalmente sin más (OLG Karlsruhe NStZ 1989,287)⁸³. Cabe resaltar que, frente a casos en los que interviene el Estado, no sostiene lo mismo. Respecto del uso de agentes encubiertos y “el caso de las escuchas” (la utilización por parte de la policía de personas particulares -la mayoría conocidos del sospechoso- para descubrir al culpable), ha sostenido ROXIN que es “absolutamente rechazable porque se elude la obligación de la Policía de instruir al procesado de su derecho a negarse a declarar y de su derecho a consultar con un abogado”⁸⁴.

Luce acertado traer a colación el fallo “Skanska”⁸⁵, de la Cámara Federal de Casación Penal, en el cual el objeto del recurso de casación fue que se revise la decisión de excluir de la prueba del expediente las grabaciones de las conversaciones mantenidas

⁷⁹ LG Hamburg del 15/10/2010, NJW 2011.

⁸⁰ BGH del 30/04/1964, NJW 1964, p. 1469.

⁸¹ ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 1era edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.141.

⁸² ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 142.

⁸³ ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 142.

⁸⁴ ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, pp. 143-144.

⁸⁵ CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (CFCP), Sala IV, causa nro. CFP 8579/2006/266, rta. el 13/04/2016.

por el auditor interno de la empresa Skanska S.A.⁸⁶ con el Gerente Comercial y el testimonio del auditor interno que las reseñó. El magistrado que lideró el acuerdo resaltó que “debemos tener presente que las grabaciones efectuadas por particulares, al igual que cualquier otra prueba producida por particulares, no pueden considerarse genéricamente ilegítimas o inadmisibles (cfr. C.F.C.P., Sala III, causa no 4779, “Vazquez, Enrique s/recurso de casación”, reg. 115/05, rta. 3/3/05, y causa CCC 35517/2007/TO1/CFC1, “Abramovici, Bernardo s/recurso de casación”, reg. 217/15, rta. 4/3/15)”. Luego se analizó la cuestión relativa a la expectativa de confidencialidad del Gerente Comercial, respecto de lo que contara al auditor. “Es conteste la jurisprudencia en cuanto a que el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro (cfr. Fallos, 313:1305; C.N.C.C.Fed., Sala I, “Raña”, rta. 20/4/99; Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, “T.T. y otro”, rta. 8/09/08; C.A.C.A.T. de CABA, Sala I, “Plácido, Rita”, rta. 11/06/04; entre otros que pueden citarse)”, indicó el juez.

Agregó el juez, Juan Carlos Gemignani, que “el único principio constitucional que corresponde analizar como contrapuesto a la obligación estatal de procurar e incorporar a la causa todo elemento probatorio tendiente a la acreditación del objeto de imputación es la proscripción de incorporar a la causa como prueba expresiones del imputado obtenidas de manera subrepticia, esto es, la imposibilidad de utilizar expresiones del imputado como medio de reconstrucción del hecho, cuando estas expresiones han sido obtenidas sin conocimiento del imputado”. En este punto, el magistrado Gemignani, resaltó dos cuestiones: la primera referida a que la restricción expresada por el principio sólo opera directamente dentro del proceso penal pero no constituye regla de procedimiento que haya de imponerse a toda investigación ajena a la penal. La segunda gira en torno a que consideró que la declaración en el caso “Skanska” no fue realizada en forma subrepticia, y “consecuentemente el contenido de las expresiones, no han sido obtenidas de manera fraudulenta en el procedimiento administrativo de la firma, sino específicamente como parte de un procedimiento de investigación, o sea, en investigación de supuestas irregularidades que podrían suponer consecuencias desdorosas para el declarante”.

⁸⁶ En el marco de una investigación interna que se inició en virtud de la incursión practicada en la sede de la empresa por orden del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N°1, el auditor mantuvo entrevistas con varios ejecutivos de la empresa, las que documentó a través de las respectivas grabaciones.

Más atrás en el tiempo, la Cámara Federal de Casación Penal, sostuvo que: “la exclusión como prueba de toda grabación furtiva de una conversación, sin atender las particularidades del caso concreto, tratándose de conductas de particulares con las que se pretende corroborar con los medios que la ciencia y la técnica ponen a sus alcances aquello que denuncian ante la autoridad pública, comporta una demasía en la inteligencia que cabe asignar a normas de grado constitucional a la vez que resulta incompatible con una razonable aplicación de los principios constitucionales y legales que gobiernan la prueba, en tanto que es deber de los magistrados extremar los recaudos en la búsqueda de la verdad conforme a principios de justicia que deben primar en todo el procedimiento judicial”⁸⁷.

En igual sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal al sostener que “los simples particulares no se encuentran comprendidos por los límites formales establecidos por la ley procesal y no parece razonable, como se pretende en este caso, exigirle a quien se considera damnificado por una maniobra delictiva, con las particularidades que lleva ínsita la investigada, la obtención de una orden judicial para llevar a cabo una investigación ni la imposición de sus derechos al interlocutor antes de conversar con él”⁸⁸. Los magistrados hicieron alusión a un caso similar en el que se sostuvo, sobre la prueba aportada por particulares, “que la jurisprudencia norteamericana ha considerado que cuando un ciudadano privado entrega pruebas de un delito a un oficial de policía -en este caso es a un juez- no se entiende que la prueba esté manchada de ilegalidad y tradicionalmente se la ha juzgado admisible ante el Tribunal”⁸⁹.

Por su parte, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional sostuvo que si las conversaciones fueron grabadas por los querellantes, y no por el instructor en el marco de la causa, su realización no puede ser declarada nula. “El art. 166 del C.P.P.N. establece que sólo los actos procesales pueden ser declarados nulos, y las pruebas tachadas de irregulares de ninguna manera constituyen actos procesales. Si no se advierte violación alguna a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación en la recepción y posterior transcripción de las conversaciones aludidas, debe rechazarse el planteo de nulidad presentado por la defensa⁹⁰”. Surge claro que la persona resigna a la

⁸⁷ CFCP, Sala IV, “Wowe, Carlos”, rta. el 30/10/1998.

⁸⁸ CNACCF, Sala de Feria, “Menechino, María I. y otros”, rta. el 24/07/2003.

⁸⁹ Cfr. CFCP, Sala IV, causa nro. 30468, “Raña, R. s/nulidad”, rta. el 20 de abril de 1999.

⁹⁰ CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL (CNCC), Sala I, causa 19.364, “Navarro, Elbert”, “in re” “Hidalgo, Jorge Adalberto” rta. el 17/02/2003.

expectativa de confidencialidad al conversar con otro, siendo que el riesgo de delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar.

Nadie discute que el ámbito principal de operatividad del principio *nemo tenetur* es el procedimiento penal y, específicamente, la declaración del imputado en él. De allí que se designe al imputado como sujeto incoercible del proceso penal⁹¹, pero, como se ve, en el ámbito privado no ocurre lo mismo, pues como bien lo ha dicho la jurisprudencia: en virtud del principio de libertad probatoria y del derecho constitucional de la víctima a reconstruir el ilícito, nada obsta a que los particulares aporten evidencia al proceso penal; éstos no se encuentran comprendidos por los límites formales establecidos por la ley procesal y no cabe hablar de expectativa de privacidad cuando, al hablar, el interlocutor asume la posibilidad de que sus dichos salgan a la luz y se resignan sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro.

III.B Las declaraciones de los empleados en derecho comparado

III.B.1 Estados Unidos

III. B.1.i Marco general

El caso “Watergate⁹²” abrió la caja de pandora en materia de sobornos en el mundo económico-empresarial de los Estados Unidos, tanto dentro como fuera de sus fronteras⁹³. Corrían los años setenta y la SEC (*Securities and Exchange Commission*) se enfrentaba a un importante número de casos que tanto cuantitativa como cualitativamente excedían su capacidad de gestión⁹⁴. Por un lado, las empresas implicadas solían ser de grandes dimensiones, así como los proyectos en torno a los cuales las prácticas de soborno tenían lugar, por lo que el número de trabajadores y

⁹¹ MAIER, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, 2004, p. 674.

⁹² En el que en el que se investigó, entre otras cosas, el financiamiento ilegal al partido republicano y el pago de coimas a gobiernos extranjeros para proteger las inversiones.

⁹³ COFFEE, «Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response», *Virginia Law Review*, 7, 1977, pp. 1115-1117.

⁹⁴ COFFEE, «Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response», *Virginia Law Review*, 7, 1977, p.1117.

funcionarios implicados era elevado⁹⁵. A su vez, a la dimensión cuantitativa se añadía la complejidad de un entramado de relaciones en las que intervenían trabajadores y funcionarios de distintos rangos y categorías⁹⁶. Los limitados recursos públicos de que disponía la SEC para afrontar una problemática de tal magnitud solo podían sortearse recurriendo sistemáticamente a una medida que, hasta entonces, tan solo había sido utilizada de forma puntual: los compromisos de rebaja del importe y/o entidad de la sanción en caso de que la empresa sospechosa colaborara con sus propios recursos en el esclarecimiento de los hechos, mediante lo que se daría en llamar una “investigación interna”⁹⁷. Nació, de este modo, el conocido programa de declaraciones voluntarias de la SEC.

La pieza emblemática de aquellos años fue la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que es todo un símbolo del intervencionismo empresarial⁹⁸. Primero, porque en realidad para lo que sirvió fue para ampliar los poderes de la SEC y, segundo, porque impone a las empresas deberes de organización y control internos. La estrategia legislativa que inaugura esta ley es que el legislador obliga a las empresas a adoptar medidas que hasta ese momento sólo descansaban en imperativos éticos⁹⁹.

Poco más tarde, en 1991, la *U.S. Sentencing Commission*, introdujo un capítulo a las “*Sentencing Guidelines*” (directrices que los jueces y tribunales penales federales deben seguir en la determinación de la pena), relativo a la determinación de la pena en caso de condena a personas jurídicas¹⁰⁰. Hasta entonces las directrices tan sólo habían hecho referencia a la determinación de la pena en los supuestos de condena a personas naturales.

⁹⁵ ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p.198.

⁹⁶ ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p.198.

⁹⁷ ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p.198.

⁹⁸ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1era edición, Iustel, Madrid, 2008, p. 221.

⁹⁹ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p.221. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 221. Por esta razón, la FCPA debe contarse también entre los antepasados de los programas de cumplimiento, como igualmente debe situarse entre sus descendientes a la *Sarbanes Oxley Act*.

¹⁰⁰ U.S. Sentencing Guidelines Manual de 1991. Disponible en: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/Chapter_8.pdf , [último acceso el 11/02/2020].

En 1999, el *Deputy Attorney General*, Eric Holder, publicó un Memorandum, conocido como “Holder Memo”, dirigido a todos los Fiscales Federales, para ser consultado a la hora de decidir si procedía la acusación o no de una persona jurídica. Eric Holder sentó las bases de las *prosecutorial guidelines*, estableciendo ocho criterios que debían ser seguidos por el Ministerio Público. Estos fueron: naturaleza y gravedad del delito, generalización del delito dentro de la empresa, reincidencia de la empresa en el mismo delito, cooperación y revelación voluntaria, programa de *compliance* de la empresa, restitución y reparación, consecuencias colaterales, e idoneidad de las medidas de reparación de derecho civil o administrativo¹⁰¹.

El 20 de enero de 2003, el *Deputy Attorney General*, Larry D. Thompson publicó “The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations”, como una actualización del “Holder Memo” encaminada a “examinar más profundamente la autenticidad en la cooperación de la empresa”¹⁰². Las numerosas críticas a las *prosecutorial guidelines* hicieron que el “Thompson Memo” fuera modificado. Es el “Filip Memorandum”¹⁰³ el que actualmente contiene los nuevos “Principles of Federal Prosecution of Business Organizations”. Éste considera la persecución de la delincuencia empresarial como una prioridad del *Department of Justice*. Ello se ha de lograr mediante la protección de intereses públicos como “la integridad de nuestra (su) libertad económica, la protección de los consumidores, inversores y entidades de negocio que compiten sólo a través de medios legales y la protección del pueblo americano frente a las conductas que violan las leyes penales salvaguardando el medio ambiente”¹⁰⁴.

El “Filip Memorandum” contiene ocho factores que los fiscales federales deben tener en cuenta a la hora de realizar la investigación, de ejercer o no la acusación y de negociar acuerdos con la otra parte. Dichos factores son: 1) la naturaleza y gravedad del delito; 2)

¹⁰¹ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 183.

¹⁰² Disponible en: [https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference Handouts/Clinical Practice Compliance Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf](https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference%20Handouts/Clinical%20Practice%20Compliance%20Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf) [último acceso el 29/10/2020].

¹⁰³ Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>, [último acceso el 11/02/2020].

¹⁰⁴ “La investigación de delitos corporativos es una alta prioridad para el Departamento de Justicia. Al investigar las denuncias de irregularidades y presentar cargos, cuando corresponda, por dichos delitos, el Departamento promueve intereses públicos críticos. Estos intereses incluyen, por citar algunos ejemplos: (1) proteger la integridad de nuestros mercados económicos y de capitales; (2) proteger a los consumidores, inversores y entidades comerciales que compiten solo a través de medios legales; y (3) proteger al pueblo estadounidense de la violación de leyes penales que protegen el medio ambiente” (la traducción es propia).

la generalización del delito dentro de la empresa, incluyendo la complicidad o el perdón por parte de los directivos de la empresa; 3) el historial de la empresa respecto al mismo delito; 4) la oportuna y voluntaria divulgación del delito y la cooperación de la empresa en la investigación; 5) la existencia y efectividad del programa de cumplimiento adoptado de forma previa a la comisión del delito; 6) las acciones reparatoras llevadas a cabo por la empresa, incluyendo cualquier esfuerzo para adoptar un programa de *compliance* o mejorar el ya existente, sustituir a los directivos responsables, corregir o despedir a los autores del delito, pagar la indemnización por el daño causado y colaborar con las autoridades pertinentes; 7) las consecuencias colaterales y 8) la idoneidad de las medidas de reparación de Derecho civil o administrativo.

En lo que al sistema judicial de Estados Unidos respecta, no deben dejar de señalarse los llamados acuerdos de no persecución (*non prosecution agreements*-NPAs) o de persecución diferida (*deferral prosecution agreements* –DPAs), recurso que, desde 1992, ha ido en aumento por parte del *Department of Justice* del Gobierno Federal de Estados Unidos con las empresas u organizaciones bajo sospecha penal¹⁰⁵. En el período de 1992 a 2006 se contabilizaron, aproximadamente, sesenta acuerdos, de los cuales cuarenta pertenecían al período 2001 a 2006¹⁰⁶. En todos ellos los procedimientos de investigación interna tuvieron un papel crucial.

Por acuerdo de persecución diferida (DPAs) cabe entender aquél en el que una persona jurídica imputada, acuerda llevar a cabo con rapidez las medidas correctoras-o reparatoras- necesarias, a cambio de un aplazamiento de la acción penal por sus delitos. En lugar de iniciar un proceso penal, el fiscal presenta una acusación pero se compromete a mantenerla en suspenso, siempre y cuando la sociedad cumpla con éxito los términos del acuerdo¹⁰⁷.

En lo referente a los acuerdos de no persecución, si bien son prácticamente idénticos a los anteriormente definidos, difieren en dos aspectos: en primer lugar, en tales acuerdos el fiscal no presenta ninguna acusación, lo cual impide una posterior investigación¹⁰⁸; y,

¹⁰⁵ ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 199.

¹⁰⁶ FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions», *North Carolina Law Review* 89, 2010, p. 48
Disponible en: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4468&context=nclr> [último acceso el 13/02/2020].

¹⁰⁷ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 194.

¹⁰⁸ O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y REILLY LEWIS, *Punishing Corporate Crime*, 1era edición, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 126.

en segundo lugar, envía un mensaje de tranquilidad a los mercados ya que la ausencia de acusación indica, en principio, una inexistencia de culpabilidad por parte de la empresa¹⁰⁹. Los acuerdos de no persecución suelen ofrecerse cuando la persona jurídica aparenta no ser culpable y resulta procedente premiarla por haber actuado rápidamente frente al delito y haber colaborado con las autoridades. Además, supone un incentivo para el resto de las sociedades a la hora de ofrecer su colaboración a la autoridades en otros supuestos¹¹⁰. Es lógico pensar que las personas jurídicas, prefieren establecer un acuerdo de no procesamiento con la Fiscalía, pero la jurisprudencia estadounidense demuestra que en ciertos casos, puede resultar más beneficioso acordar uno de procesamiento diferido¹¹¹.

III. B.1.ii Declaraciones de los empleados

Las entrevistas a testigos son uno de los elementos más importantes en las investigaciones internas llevadas a cabo en Estados Unidos. Se considera pertinente entrevistar a empleados de distinta jerarquía para, de esta manera, abarcar la más variada información¹¹².

En primer lugar, al comenzar la entrevista, se debe informar al entrevistado las *Upjohn protections*¹¹³, también conocidas como las “Reglas Miranda de la Empresa”, cuyo objeto principal es informar al testigo que el abogado, quien lleva a cabo la investigación, representa a la compañía y no al testigo de manera individual.

De estas reglas se desprende lo siguiente: (i) el derecho a la privacidad y al amparo del secreto profesional de las comunicaciones entre abogado-cliente, pertenece a y está controlado por, exclusivamente, la empresa y (ii) La compañía puede optar por

¹⁰⁹ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p.194.

¹¹⁰ O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y REILLY LEWIS, *Punishing Corporate Crime*, 1era edición, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 124.

¹¹¹ Por ejemplo, si se compara el acuerdo de no enjuiciamiento de Boeing, del 30 de junio de 2006, con el acuerdo de enjuiciamiento aplazado de KPMG, del 26 de agosto de 2005, se observa cómo las sanciones impuestas y las reformas internas adoptadas son más severas que en el DPA de KPMG.

El contenido de ambos acuerdos se puede ver en los siguiente links:

https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/June/06_civ_412.html, [último acceso el 31/10/2020]

https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2005/August/05_ag_433.html, [último acceso el 31/10/2020].

¹¹² TOMPKINS, AVERGUN y DUNCAN, “Witness Interviews in Internal Investigations: The US Perspective”, en SEDDON, DAVISON, MORVILLO, BOWES QC, TOLAINI, ADAMS y MCGRATH, (eds.), *The Practitioner's Guide to Global Investigations*, 3era edición, Law Business Research Ltd, Londres, 2019, pp. 151-152.

¹¹³ La doctrina se originó por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (USSC) USSC “Upjohn Company v. United States”, rta. el 13/01/1981.

renunciar al privilegio y divulgar lo que el empleado informa, a un agente estatal o a cualquier otro tercero. Ante esto, puede suceder que el empleado pregunte si es necesario que tenga su propio abogado, lo que debe ser contestado con cautela por quien está llevando a cabo la entrevista porque la respuesta podría implicar, justamente, consejo profesional. En estos casos se recomienda que la pregunta sea contestada por un abogado interno de la compañía pero no por el abogado externo (contratado por la empresa) que esté llevando a cabo la investigación¹¹⁴.

¿Puede un empleado negarse a proveer información si dicha información lo incrimina? Las entrevistas que se llevan a cabo en el marco de una investigación interna incluyen, usualmente, a empleados incriminados y en la mayoría de ellas, máxime aquellas que lleva a cabo la empresa de manera privada sin la intervención del Estado, un empleado no tiene derecho a negarse a proveer información¹¹⁵.

Es más, muchos ejecutivos de empresas fueron condenados por obstrucción de justicia, delito mucho más grave, en virtud de haber dado falsos testimonios a los investigadores internos cuando sabían que dichas declaraciones iban a ser enviadas al Estado¹¹⁶.

Los empleados no podrían alegar un derecho a negarse a ser entrevistados, incluso si las respuestas fueran incriminatorias. Así se sostuvo en *Gilman v. Marsh & McLennan Companies, Inc*¹¹⁷, un caso en el que los empleados, McNenney y Gilman, sostuvieron que sus despidos fueron injustificados porque cooperar en la investigación interna, a través de sus entrevistas, implicaba, entre otras cosas, una violación al derecho que prohíbe la autoincriminación forzosa. La Cámara del Segundo Circuito¹¹⁸ concluyó con la siguiente regla:

Una empresa no tiene prohibido cooperar y, por lo general, tiene intereses independientes sumamente razonables para realizar una investigación interna y cooperar con una investigación gubernamental, incluso cuando los empleados sospechosos de delitos terminan siendo despedidos. Una regla que considere que todas

¹¹⁴TOMPKINS, AVERGUN y DUNCAN, “Witness Interviews in Internal Investigations: The US Perspective”, en SEDDON, DAVISON, MORVILLO, BOWES QC, TOLAINI, ADAMS y MCGRATH, (eds.), *The Practitioner’s Guide to Global Investigations*, 2019, p. 151.

¹¹⁵ KENT y TOMAS, “United States”, en SPEHL y GRUETZNER, (eds.), *Corporate Internal Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, 1era edición, Munich, C.H. Beck oHG, 2012, p. 426.

¹¹⁶ Ver por ejemplo UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, “United States v. Kumar”, rta. el 12/08/2010.

¹¹⁷ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, “Gilman v. Marsh & McLennan Cos.”, rta. el 16/06/2016.

¹¹⁸ Esta Cámara ejerce jurisdicción federal sobre seis distritos en los Estados de: Connecticut, Nueva York y Vermont.

esas compañías son actores gubernamentales sería incompatible con el gobierno corporativo y la regulación moderna

Como se advierte, en los Estados Unidos, un empleado se encuentra amparado por el derecho contra la autoinculpación forzosa sólo si existe suficiente participación del Estado en relación con la investigación, de manera que las acciones del interrogador puedan ser *fairly attributable* al Estado¹¹⁹ (esto implica que las investigaciones casi podrían adjudicarse al Estado).

Es sumamente pertinente e interesante la comparación que la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito hace entre el caso *Gilman v. Marsh & McLennan Companies, Inc* y el caso *U.S. vs. Stein*, en el que trece empleados y socios de KPMG fueron sobreseídos porque se consideró que se había vulnerado la sexta enmienda, derecho de defensa, al presionar a KPMG a que deje de pagar los honorarios de sus abogados defensores. Los jueces consideraron que dicho actuar fue consecuencia de una fuerte influencia del Estado y que equivalía a considerarla una acción de éste. Por eso, concluyeron que el Estado interfirió injustificadamente en la relación entre los imputados y sus abogados y su derecho a ejercer una defensa eficaz.

Es decir, la garantía que deriva de los derechos creados por la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, tiene por objeto proteger los derechos individuales frente al poder estatal pero no en el ámbito privado.

Las acciones del investigador interno son consideradas *fairly attributable* si el Estado está dirigiendo la investigación interna de la compañía; o si está amenazando con hacerlo o si está forzando a la compañía de tal manera que los investigadores de la compañía puedan ser considerados representantes de éste. Pero si las investigaciones internas responden a intereses de la persona jurídica, no podría alegarse el *nemo tenetur*. Por todo lo expuesto, surge claro que, en Estados Unidos, las investigaciones internas pre-judiciales, quedarían fuera de la esfera de protección de la Quinta Enmienda.

III.B.2 España

III. B.2. i Marco general

¹¹⁹ UNITED STATES DISTRICT COURT, S.D. NEW YORK, “ United States v. Stein”, rta. el 25/07/2006. El término *Fairly attributable* quiere decir literalmente: bastante atribuible.

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido mediante la LO 5/2010, se caracteriza por ser un sistema de responsabilidad directa que se acumula a la de las personas físicas, si bien son independientes¹²⁰. La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, vino a contemplar y especificar algunos aspectos que habían quedado en el aire tras la reforma operada por la LO 5/2010. Como uno de los extremos más importantes de la modificación del año 2015, puede señalarse el papel primordial que se otorga a los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos (conocidos también con la expresión *compliance program* o, de un manera más precisa, *compliance program penal*) en la dispensa de responsabilidad a la persona jurídica, así como la concreción de los requisitos que estos han de cumplir¹²¹.

En este sentido, de manera muy similar a la legislación argentina¹²², el artículo 31 bis inciso 4 del Código Penal, establece que “sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...) b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”.

Al respecto, sostiene MONTIEL que la introducción del mencionado artículo 31 bis, no hace impensable hablar de deberes especiales del empresario, consistentes en impedir la comisión de ciertos delitos, como también en contribuir al esclarecimiento de los ya cometidos¹²³. Indica que este último podría derivarse del deber de cuidado que debe observar el órgano directivo en la conducción de la empresa. “En esta medida los investigadores privados estarían dando cumplimiento a un deber del empresario y, gracias a ello, no sería contrario a Derecho el incumplimiento de un deber negativo, derivado de los arts. 153 CP argentino (violación de secretos y de la privacidad) y 197, 199 CP español”. Dicho incumplimiento derivaría de la vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores, singularmente los derechos a la intimidad y al

¹²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 65.

¹²¹ AGUILERA GORDILLO, *Compliance Penal en España*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 23.

¹²² La colaboración con la investigación de las autoridades en España es considerada una atenuante y no una eximente como prevé la Ley 27.401

¹²³ MONTIEL, “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 241.

secreto de las comunicaciones¹²⁴. Por su parte, GÓMEZ MARTÍN, sostiene que la intromisión de las investigaciones internas del *compliance* en la esfera del trabajador será en ocasiones típica y antijurídica, en otras, atípica, y por fin, en un tercer grupo de casos, típica pero no antijurídica, por concurrir una causa de justificación¹²⁵. En definitiva, la investigación de la infracción del derecho, constituye el fundamento de un programa efectivo de cumplimiento, cuya existencia habrá que tenerse en cuenta a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa¹²⁶.

La Fiscalía General del Estado, por medio de su Circular 1/2011- en la que hizo público el primer análisis exhaustivo del nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica-, advirtió que la atenuante de colaboración “facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya finalidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal¹²⁷”.

Unos años después, en el 2016, la Fiscalía General del Estado, ha indicado que “la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia¹²⁸”.

¹²⁴ GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 126.

¹²⁵ GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p 136. Considera que será atípica cuando sea posible deducir, a partir de elementos periféricos corroboradores, que la información recabada no es personal o que la comunicación intervenida no es secreta. Podrán ser típicamente relevantes las intervenciones corporales o de efectos personales desproporcionadas. Finalmente indica que los casos más habituales se encontrarán en un terreno intermedio al comportamiento atípico y el comportamiento típicamente antijurídico. Sostiene que cuando la investigación revele datos personales del trabajador que formen parte de su esfera de intimidad, tal descubrimiento únicamente quedará exento de responsabilidad criminal cuando pueda afirmarse que el descubrimiento se ha producido en ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, recogido en el art. 20.7. CP.

¹²⁶ PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, 2017, p. 193.

¹²⁷ Disponible en: [https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA\(1\)\(1\).PDF](https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA(1)(1).PDF) [último acceso el 13/02/2020].

¹²⁸ FGE, Circular 1/2016, del 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf [último acceso el 10/02/2020].

III. B.2. ii Declaraciones de los empleados

A diferencia de la legislación y jurisprudencia norteamericana, que desarrolló este tema de manera exhaustiva, en España la cuestión del *nemo tenetur* y las entrevistas a los empleados aún no se encuentra expresamente regulada.

GIMENO BEVIÁ considera que “las declaraciones que se pretendan obtener de los trabajadores deberán realizarse libre y voluntariamente, sin ningún tipo de coacción o amenaza, presión física o psíquica, chantaje, etc. El empleado, sin embargo, no tiene reconocido en forma absoluta el derecho a no declarar, sino que habrá de ser ponderado como un elemento intrínseco del derecho a la intimidad versus el derecho a la libertad de empresa que permite al empresario sancionar al trabajador que se niega a colaborar en una investigación interna”¹²⁹.

En cuanto a la legislación laboral, ésta no establece disposiciones específicas en relación a los interrogatorios a los empleados durante una investigación interna¹³⁰. Las compañías tienen derecho a mantener entrevistas con los empleados en virtud de su poder de dirección y supervisión de los servicios prestados por los empleados y los empleados están obligados a colaborar en dichas entrevistas, de acuerdo al principio de buena fe que impera en la relación laboral. El artículo 5 del 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 (en adelante ET) , establece que “Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”.

La falta de colaboración puede resultar en la aplicación de sanciones que pueden consistir desde una advertencia por escrito hasta, incluso, el despido¹³¹.

Si bien, como se dijo, esta cuestión no se encuentra aún expresamente resuelta, no debe soslayarse la importancia que el Tribunal Supremo Español otorga a los programas de cumplimiento y a las investigaciones internas.

En una sentencia de junio de 2018, de la que ha sido ponente el magistrado Vicente Magro Servet¹³², sostuvo que “fue capital para el buen gobierno de la administración en

¹²⁹ GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 228.

¹³⁰ DIAZ; HECKH y MASSÓ, “Spain”, en SPEHL y GRUETZNER, (eds.), *Corporate Internal Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, 1era edición, Munich, C.H. Beck oHG, 2012, p. 332.

¹³¹ El artículo 54 del ET establece que : “1. el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: (...) d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

las empresas la introducción de los programas de *compliance* que evitarían casos como el aquí ocurrido ya que el control interno en las empresas evita la delincuencia cometida por directivos, y empleados mediante la técnica anglosajona del *compliance program* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados”.

Y continúa “Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato”.

Posteriormente, en una sentencia de febrero de 2020, el Tribunal Supremo no sólo ratificó sino que incluso reforzó esta postura. Se sostuvo que: “Hemos reseñado, así, en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec.2036/2017 y Sentencia 365/2018 de 18 Jul. 2018, que es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del *compliance* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados¹³³”.

Con lo cual, si se sigue esta línea de razonamiento, es dable sostener que el *nemo tenetur* en las entrevistas internas llevadas a cabo por las empresas, carecería del valor que se le otorga en un proceso penal y prevalecería la relación contractual entre empleado (sea directivo o administrativo) y persona jurídica y los deberes de buena fe que de allí emergen.

IV. ¿La persona jurídica es titular de garantías constitucionales?

¹³²TRIBUNAL SUPREMO (STS). SALA DE LO PENAL, N° de Resolución “316/2018”, rta. el 28/06/2018.

¹³³ STS. SALA DE LO PENAL, N° de Resolución “35/2020”, rta. el 6/02/2020.

Se trata de un punto que no debemos soslayar previo a adentrarnos en la conclusión de este trabajo. ¿Si la persona jurídica es titular de garantías constitucionales su situación al frente de una investigación será diferente al supuesto donde dicha pesquisa es llevada adelante por Fiscalía? ¿tienen los mismo deberes?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fue clara al establecer que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes¹³⁴” y que “... en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional...¹³⁵”.

Dicha doctrina también se encuentra en la jurisprudencia de otros tribunales como el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires que sostuvo que “es lógico que el propio Estado no pueda invocar garantía alguna en su beneficio, precisamente porque éstas constituyen límites al poder estatal y, como dijera Fayt en un *obiter dictum*, “ningún principio constitucional veda al Estado autolimitar su intervención coactiva” (CSJN, *in re* “Maldonado”, considerando 20° *in fine* del voto de Fayt)¹³⁶”.

Hasta aquí es claro que los Fiscales no gozan de las mismas garantías que las personas humanas. Pero qué sucede con las personas no humanas: ¿son titulares de garantías constitucionales?

A simple vista pareciera que, si la respuesta es afirmativa, los fundamentos para que éstas lleven a cabo investigaciones internas pre-judiciales, cuando esto constituye una forma de eximirse de responsabilidad penal, serían distintos a los que sustentan una investigación penal estatal. Y si los fundamentos de las investigaciones internas pre-judiciales son distintos a los que contiene una investigación estatal, entonces la vigencia del *nemo tenetur* en las investigaciones llevadas a cabo por las empresas resultaría más endeble.

IV. A La discusión en el derecho europeo

En España, el derecho de defensa de la persona jurídica ha sido incorporado de manera expresa al ordenamiento penal español a través de la reforma de la Ley de

¹³⁴ CSJN, “Arce”, Fallos 320:2145.

¹³⁵ CSJN, “Arce”, Fallos 320:2145.

¹³⁶ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala Sexta, “Lopez, Mauro Gabriel s/ Recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por Agente Fiscal”, rta. el 4/2/2016.

Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley de Medidas de Agilización Procesal¹³⁷. En esta línea, se introdujo un nuevo artículo, 786 bis, que quedó redactado en los siguientes términos: “Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. (...)”.

Sentencia clave en la materia fue la STC 139/1995 de 26 de septiembre (RTC 1995, 139), cuyo ponente fue JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA quien sostuvo que “nuestra constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercitados de forma colectiva. Si el objetivo y la función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas”.

Por tanto, la doctrina del Tribunal Constitucional, fue la que desarrolló paulatinamente la tesis de que las personas jurídicas son titulares de una serie de derechos determinados en función de su propia naturaleza¹³⁸. Por ejemplo, no se discute el derecho de la persona jurídica a la tutela judicial efectiva, puesto que el Tribunal Constitucional de España mantiene que la “legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona- natural o jurídica- que sea titular de un interés legítimo aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado”¹³⁹.

En Alemania, es la propia Constitución la que indica que la persona jurídica es titular de derechos fundamentales. Así, el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de la República

¹³⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/pdfs/BOE-A-2011-15937.pdf>, (último acceso el 11/02/2020). “En el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía”.

¹³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, “STC 137/1985”, rta. el 17/10/198 (RTC 1985,137), “STC 141/1985”, rta. el22/10/1985 (RTC 1985, 141) entre otras.

¹³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, “STC 19/1983”, rta. 14/03/1983 (RTC 1983,19).

Federal de Alemania, establece que “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las misma”.

Conviene, además, citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al respecto. En primer lugar, en virtud del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), se garantiza que todas las personas, sean físicas o jurídicas, tengan el derecho a acceder a un tribunal para que su causa sea oída con las correspondientes garantías. En el asunto “Al Dulimi y Montana Management Company contra Suiza”, de junio de 2016, se puso de manifiesto esta garantía, en la cual sin importar la nacionalidad o el lugar de constitución de la empresa demandante el TEDH reconoció su derecho a las garantías procesales. En este caso, las autoridades suizas cumplieron una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que ordenaba el embargo de los bienes de una empresa constituida bajo las leyes panameñas cuyo propietario era un nacional iraquí, por su supuesto apoyo al régimen de Saddam Hussein. El TEDH concluyó que las autoridades suizas se limitaron a verificar que el nombre del demandante apareciera en la resolución del Consejo de Seguridad sin otorgarle oportunidad de acceder a los tribunales a fin de ejercer su defensa, por lo cual concluyó que la confiscación de bienes se llevó a cabo mediante un procedimiento arbitrario que violó los estándares del artículo 6.1 del CEDH¹⁴⁰.

Además de garantizar el acceso a un tribunal, el artículo 6.1 dispone que todas las personas tienen derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente. La garantía de gozar de una audiencia oral y pública protege también a las personas jurídicas¹⁴¹; la única excepción a este derecho es que existan circunstancias excepcionales que justifiquen prescindir de dicha audiencia, como en los casos en que el procedimiento se refiriera a cuestiones exclusivamente jurídicas o a documentos muy técnicos.

El artículo 6.1 del CEDH garantiza también que las personas tengan derecho a un proceso contradictorio, es decir, que tengan la posibilidad de participar en ellos y presentar todas las pruebas y las observaciones necesarias en igualdad de armas para ser consideradas por los órganos de decisión en sus resoluciones finales. El principio de contradicción es una garantía no solamente de los procesos penales, sino de todo

¹⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), “Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. El 21/6/2016.

¹⁴¹ TEDH , “Case of Coorplan-Jenni GmbH and Hascic v. Austria (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. e111/12/2006.

procedimiento que implique una consecuencia o sanción, se halle o no involucrada una persona jurídica. El TEDH se pronunció al respecto de la contradicción en un proceso administrativo seguido ante las instancias finlandesas en contra de una multinacional dedicada al comercio de petroquímicos, la que fue procesada en base a la legislación de competencia por abusos de su posición dominante en el mercado finlandés. La multinacional presentó una demanda ante el sistema europeo alegando ser víctima de violaciones al artículo 6.1 del CEDH por no ser informada plenamente de las pruebas en su contra y en consecuencia no habersele dado la oportunidad de responder a ellas. El Tribunal llegó a la conclusión de que la empresa no pudo participar adecuadamente en el procedimiento administrativo y por tanto se le privó de un juicio justo en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo¹⁴².

Así como las personas jurídicas tienen derecho a un proceso contradictorio presentando pruebas y haciendo sus observaciones, también se podría afirmar que tienen el derecho a guardar silencio y a no auto-incriminarse. El derecho al silencio y a la no auto-incriminación no se encuentra previsto expresamente como tal dentro de las garantías del artículo 6 del CEDH, sin embargo el Tribunal ha admitido que la misma es una garantía que debe entenderse implícita en dicha norma. Su fundamento radica, entre otras cosas, en la protección del acusado contra la coacción indebida por parte de las autoridades y en la garantía de la no utilización de pruebas obtenidas en contra de la voluntad del procesado. En este sentido, el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia establecida en el artículo 6.2 de la Convención¹⁴³.

IV.B El sistema Interamericano

A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no contiene disposición alguna que se refiera a las personas jurídicas.

No obstante, la cuestión acerca de la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos, ha sido ampliamente analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En el caso “Cantos contra Argentina”, la Corte IDH hizo una referencia expresa a las violaciones cometidas en

¹⁴² TEDH, “Case of the Fortum Corporation v. Finland (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 15/10/2003.

¹⁴³ TEDH, “Case of Saunders v. United Kingdom (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 17/12/1996. Sobre la presunción de inocencia de una persona jurídica véase: TEDH, “Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 21/5/2003.

contra de una persona jurídica. En el análisis sobre su competencia, el Tribunal sostuvo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho¹⁴⁴.

En esta sentencia del caso Cantos, no ha quedado claro si la afirmación del Tribunal: “si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana...” debe entenderse en el sentido de que, al no reconocer expresamente a las personas jurídicas, se las está excluyendo del ámbito de protección de la Convención, o bien, si existen circunstancias en las que podrían ser consideradas víctimas directas de derechos humanos. En el mencionado caso, la Corte IDH ha entendido que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación, y que interpretar el artículo 1.2 de la Convención en el sentido de privar en todos los casos de derechos a las personas jurídicas implicaría quitar la protección de dicho instrumento interamericano a un conjunto importante de derechos humanos¹⁴⁵.

Otro asunto contencioso resuelto por la Corte Interamericana en el cual se analizó la situación de las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana, y que merece una mención especial, es el caso de “Radio Caracas Televisión contra Venezuela”. En éste, la Corte Interamericana ha aclarado con precisión su postura respecto a los derechos de las personas jurídicas en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. La demanda presentaba como víctimas a individuos que tenían la calidad de directivos, accionistas, periodistas o trabajadores del medio de comunicación. En primer lugar la Corte IDH es clara al reafirmar lo que venía sosteniendo respecto a su interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana, que el mismo “establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos¹⁴⁶”. No obstante, reitera también su

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), “Caso Cantos Vs. Argentina, Excepciones Preliminares”, rto. el 7/09/2001.

¹⁴⁵ CORTE IDH, Caso Cantos Vs. Argentina, Excepciones Preliminares”, rto. el 7/09/2001.

¹⁴⁶ CORTE IDH, “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 22/06/2015.

criterio establecido en el caso Cantos contra Argentina y sostiene que a pesar de lo anterior el acceso al sistema interamericano de individuos cubiertos bajo la figura de una entidad jurídica es factible “bajo determinados supuestos¹⁴⁷” y señala como ejemplos de estos supuestos la violación del derecho a la propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas¹⁴⁸. En todo caso, la Corte IDH es clara y enfática al sostener que para determinar que ha existido una vulneración al derecho de propiedad de los socios de la persona jurídica es indispensable que se encuentre “probada claramente la afectación que sobre sus derechos¹⁴⁹”. Finalmente, la Corte se expresó respecto a la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Americano de Derechos Humanos (SIDH), de manera explícita, en la Opinión Consultiva OC-22/16, solicitada por la República de Panamá¹⁵⁰. La Corte Interamericana sostuvo que existen situaciones en las cuales las personas físicas ejercen sus derechos a través de las personas jurídicas y por tanto podrían acceder al SIDH buscando protección. Sin embargo, agregó que estos derechos nunca podrán ser los relacionados a las funciones vitales de los seres humanos o con las funciones físicas o psicológicas del cuerpo humano, tales como el derecho a la vida, la libertad personal o la integridad personal¹⁵¹, es decir, un individuo no podría alegar ante el SIDH que ejerció su derecho a la vida por medio de una persona jurídica, pero sí podría alegar que a través de ella ejerció su libertad religiosa. A su vez la Corte IDH aclaró que deben cumplirse las siguientes condiciones:

- el ejercicio del derecho a través de la persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación,
- se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione

¹⁴⁷ CORTE IDH, “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 22/06/2015.

¹⁴⁸ CORTE IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. 6/02/2001; “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 21/11/2007; “Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 28/1/2009.

¹⁴⁹ CORTE IDH, “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 22/06/2015.

¹⁵⁰ CORTE IDH, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16”, 26/02/2016.

¹⁵¹ CORTE IDH, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16”, 26/02/2016.

de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados¹⁵². Además, especificó que para determinar si efectivamente la persona física ejerció su derecho a través de la persona jurídica se debe realizar un análisis de cada situación en particular debido a las múltiples formas de personas jurídicas que pueden existir, tales como empresas o sociedades comerciales, partidos políticos, asociaciones religiosas u organizaciones no gubernamentales. Por tanto, sostuvo que no resultaría viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de personas jurídicas. Es decir, la Corte IDH no contemplaría los derechos fundamentales de la persona jurídica en sí, sino los de sus representantes y accionistas como personas físicas.

IV.C La discusión en Argentina y las consecuencias de considerar a la persona jurídica como titular de garantías y otros derechos fundamentales

Obviamente que no sea titular de derechos humanos no quiere decir que no sea titular de garantías y otros derechos fundamentales.

En Argentina, esto surge claro incluso antes de la sanción de la Ley 27.401, pues, con anterioridad a la sanción de dicha ley, ya se encontraba prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para ciertos delitos¹⁵³. En este sentido, la Cámara en lo Penal Económico sostuvo que “(...) El obstáculo relativo a que no cabe sancionar penalmente si no hay autor se supera si se considera que la autoría recae sobre la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad individual que pueda corresponder a los miembros que han intervenido en la perpetración de los hechos punibles, conforme las reglas generales que rigen la participación criminal. La doctrina presta adecuado respaldo a la teoría de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, a lo que cabe agregar que aquélla también encuentra sustento en normas legales vigentes, como los Art. 876, inc. g), y Art. 888 del Código Aduanero y el Art. 2, inc. f), de la ley 19359, así

¹⁵² CORTE IDH, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16”, 26/02/2016.

¹⁵³ La legislación argentina ya contaba con la imposición de sanciones o medidas de seguridad a las personas jurídicas en diferentes leyes penales especiales y en el art. 313, incorporado en la última reforma al vigente Código Penal en el Título XIII, capítulo VI, “Delitos contra el orden económico y financiero”. Solo a modo de ejemplo, es posible mencionar entre otras la Ley N°22.415 de delitos aduaneros, la ley de Defensa de la Competencia N°25.156 (art. 47); la Ley 19.359 Régimen Penal Cambiario (art. 2 inc “f”); Ley de abastecimiento n° 20.680 (art. 8); Ley 24.051 Ley de Residuos Peligrosos (art.57); el Régimen Penal Tributario Ley 24.769, art. 14 y el art. 2 Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur de fecha 16/12/96.

como en lo previsto por la modificación introducida al texto del Art. 43 del Código Civil, que prohibía anteriormente, y no lo hace actualmente, ejercer acciones criminales contra las personas jurídicas”¹⁵⁴.

Por lo tanto, si se considera que las personas jurídicas pueden ostentar la condición de imputadas, entonces deben reconocérsese las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho. De esta manera se ha expedido el Fiscal General Federal, Daniel E. Adler, en un dictamen ante una apelación presentada por el abogado de una persona jurídica porque se había rechazado el derecho a ejercer actos de defensa en su representación, a pesar de que había sido formalmente imputada en un proceso por infracción a la Ley Penal Tributaria. Así, dictaminó el fiscal que: “consecuentemente, si la persona de existencia ideal es pasible de una sanción a resultas de este proceso, por sí y con independencia de la pena que corresponde aplicar a las personas físicas que hubieren intervenido en el hecho, aparece lógico que pueda presentarse y hacer valer sus derechos con las responsabilidades y garantías que la legislación penal federal establece para cualquier persona”¹⁵⁵. Y concluye: “en síntesis, no hay dudas de que en el presente caso la persona jurídica Mc Cain Argentina S.A. se encuentra denunciada e imputada, y como tal tiene derecho a ser escuchada”.

En la doctrina penal aduanera una de sus mejores plumas se ha expedido al respecto en relación a la declaración indagatoria de la persona jurídica como un acto de defensa imprescindible para ésta. Dice VIDAL ALBARRACÍN que “Al otorgarles esta legitimación sustancial pasiva, se respetan las exigencias del derecho de defensa, del derecho a ser informado de la acusación formulada y del derecho a la presunción de inocencia, contemplados en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, los que se ven satisfechos ya con la primera comparecencia ante la autoridad judicial a prestar declaración indagatoria”¹⁵⁶.

La jurisprudencia ha seguido la misma línea. La Cámara Federal de Casación Penal estableció que “prevista la responsabilidad penal de los entes ideales, la utilización de los preceptos por los que se regula el instituto de la declaración indagatoria en el Código

¹⁵⁴ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO (CNAPE), Sala B, causa “Cadesa Export S.A. Régimen Penal Cambiario”, rta. el 13/09/2010; causa “Suitis S.A.”, rta. el 14/02/2012.

¹⁵⁵ Dictamen disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/Dictamen-Dr.-Adler-Responsabilidad-Penal-de-las-Personas-Jur%C3%ADdicas.pdf>, [último acceso el 25/04/2020].

¹⁵⁶ VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos Aduaneros*, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2010, p. 565.

Procesal Penal de la Nación aparece como la única vía para garantizar a la persona jurídica el ejercicio de tan inalienable derecho”¹⁵⁷.

“La declaración indagatoria, acto trascendental de la instancia, que otorga la posibilidad inicial de la defensa material del imputado, requiere la personal intervención de éste: es decir que en la misma, no puede ser sustituido ni representado (...) Si bien el principio expuesto resulta innegable y fácilmente practicable en el supuesto de procesamiento de personas de existencia visible, la cuestión aparece compleja cuando el sometimiento a juicio tiene por sujeto a un ente ideal, cuya naturaleza inmaterial y absoluta carencia de voluntad intrínseca, hacen de imposible cumplimiento la satisfacción de un acto como el de la indagatoria o interrogatorio. Habida cuenta de ello, cabe preguntarnos ¿cómo es posible dar cumplimiento a una forma de tan indiscutible importancia, e imprescindible, cuando se lleve a juicio a los entes morales? La respuesta surge con toda sencillez. Pues, no podrá ser de otra forma que obteniendo información o posibilitando oportunidad defensiva inicial, vale decir, indagando a los representantes del ente”¹⁵⁸.

Si se sigue el análisis planteado al inicio de este acápite número IV, se ve clara la diferencia entre la posición de la persona jurídica como titular de garantías constitucionales y la posición del Ministerio Público Fiscal que, en representación del Estado, no podría alegar ser titular de garantías constitucionales.

De este modo, la persona no humana hace la investigación para garantizar sus derechos. Pues, la propia Ley 27.401, en su artículo 9º, indica que el desarrollo de una investigación interna permitirá eximir de pena a la persona jurídica. De hecho, la Oficina Anticorrupción ha establecido, en la ya mencionada Resolución 27/2018, que: el desplegar acciones de investigación interna constituye un derecho de la persona jurídica como correlato de sus facultades de organizar su actividad lícita libremente y como consecuencia de su derecho como empleador de controlar los medios de producción de su propiedad.

En este punto considero pertinente realizar una comparación con el derecho de la víctima a la reconstrucción de los ilícitos y a la prueba que se aporta a tal fin.

En el fallo “Skanska”, desarrollado en el punto III.A, el magistrado Gemignani, aludió a los derechos de las víctimas y los no infractores. Mencionó que “es también un derecho constitucional de las víctimas, y de los no infractores, la reconstrucción de los ilícitos, y es por ello correlativamente deber del Estado, esa tarea de reconstrucción, tarea en la

¹⁵⁷ CFCP, Sala III, "Peugeot Citröen S.A. s. rec. de casación", causa n° 2984, reg. 715/01, rta. el 16/11/01.

¹⁵⁸ CNAPE, plenario “Serur. Hnos. y otros”, del 22/5/1962.

que conforme el principio de libertad probatoria, todo ha de poder probarse por cualquier medio pertinente, y toda restricción a este principio no podrá juzgarse en abstracto, ni resultará en abstracto – salvo posiblemente la coerción directa con fines de investigación -, absoluta”.

En igual sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en el ya citado fallo “Menechino”, al sostener que “... no parece razonable, como se pretende en este caso, exigirle a quien se considera damnificado por una maniobra delictiva, con las particularidades que lleva ínsita la investigada, la obtención de una orden judicial para llevar a cabo una investigación ni la imposición de sus derechos al interlocutor antes de conversar con él”¹⁵⁹.

De la jurisprudencia reseñada, luce claro que nada obsta a que los particulares aporten evidencia al proceso penal. Esto en virtud del principio de libertad probatoria y del derecho constitucional de la víctima a reconstruir el ilícito.

El mismo razonamiento cabe aplicar a la circunstancia atinente a la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de la denuncia espontánea como consecuencia de una investigación interna. Es decir, así como la víctima tiene un derecho constitucional a reconstruir el hecho supuestamente ilícito, la persona jurídica tiene derecho a realizar una investigación interna, no sólo por las facultades de control y de organización emanadas del derecho laboral, sino también como parte de su derecho de defensa y para garantizar el principio de culpabilidad. No obstante, respecto a la culpabilidad, es necesario realizar una aclaración. No se comparte la disposición del artículo 9º inciso a) de la Ley 27.401 ya que la denuncia no puede constituir un factor que determine la existencia de un delito y esto es así porque es posterior a su consumación. Tal como sostienen ORCE y TROVATO “el hecho pasado es inmodificable y, por lo tanto, el derecho no puede poner ningún mandato o prohibición que lo altere como tal. Si hay un mandato cuya transgresión genera una consecuencia jurídica sancionatoria, entonces lo será por incumplir el mandato, pero no por transformar un hecho pasado impune en punible”¹⁶⁰. Es decir, el texto de la ley determina la responsabilidad de la persona jurídica en base a la ausencia de denuncia y de investigación interna, criterio que, si bien no se comparte, implica que la posibilidad

¹⁵⁹ CNACCF, Sala de FERIA, “Menechino, María I. y otros”, rta. el 24/07/2003.

¹⁶⁰ ORCE y TROVATO, “El compliance como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, LA LEY2018-A, 6/03/2018, p. 6.

que tiene la empresa de llevarlas a cabo hace a su culpabilidad e impedirlo, en consecuencia, vulneraría el principio de culpabilidad.

La realización de una investigación interna conlleva, entonces, la salvaguarda del derecho de defensa, del principio de culpabilidad y de las facultades de control y organización propias del derecho laboral de la persona jurídica.

V. Conclusión

Las investigaciones internas, objeto de estudio en esta tesis, son aquellas pre-judiciales en las que el Estado no interviene. Por lo tanto, considero que durante la entrevista llevada a cabo por la compañía no podría alegarse una vulneración al principio *nemo tenetur* y, tal como surge de la Resolución 27/18 de la Oficina Anticorrupción, “el desplegar acciones de investigación interna constituye un derecho de la persona jurídica como correlato de sus facultades de organizar su actividad lícita libremente (artículo 64 Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, en adelante LCT) y como consecuencia de su derecho como empleador de controlar los medios de producción de su propiedad (artículo 70 LCT). La configuración de una actividad de dichas características en ejercicio de tales derechos no puede bajo ninguna circunstancia estar encorsetada en los límites jurídicos propios de la investigación criminal en sede penal ni sirven tampoco de auxilio interpretativo los límites propios del derecho disciplinario en la órbita estatal”. A diferencia de otros puntos sensibles en las investigaciones, como la intervención de las comunicaciones y el registro de elementos personales de los empleados, que tienen como fundamento la protección de la intimidad y privacidad de la persona (de hecho cualquier persona puede cometer el delito de violación de correspondencia sin ser agente estatal), el *nemo tenetur* responde exclusivamente a la intervención del *ius puniendi* estatal.

Como enseña MAIER “la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo, contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, ampara solamente al procesado en causa criminal ...”(Fallos: 238:416; 240:416; 253:493; 300:1173, entre otros)” y esto es así porque en un proceso penal es el propio Estado, a través de sus órganos, el

interesado en arribar a la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho para eventualmente aplicar una pena¹⁶¹.

Además, al estar en juego la responsabilidad penal de la persona jurídica y al ser ésta titular de garantías constitucionales, verbigracia derecho de defensa y principio de culpabilidad, sucede todo lo contrario a una investigación penal estatal en la que la actuación del Ministerio Público Fiscal, quien- como se vio- lejos está de ser titular de garantías constitucionales, está regida por el principio de legalidad procesal.

Es decir, si el empleado se niega a colaborar con la investigación interna, esto es: a ser interrogado, la empresa podría despedirlo con justa causa. Pues dicha sanción (el despido) en modo alguno puede considerarse expresión del poder punitivo del Estado que es, justamente, el fundamento de las garantías que rigen al debido proceso. Y, asimismo, responde al derecho constitucional de la empresa de llevar a cabo una investigación eficaz.

Se contesta, entonces, de manera negativa al primer interrogante planteado en el desarrollo del objetivo de este trabajo: 1) si el empleado se encuentra amparado por el *nemo tenetur* durante la entrevista en sede empresarial.

Resta contestar el segundo interrogante: cómo se utilizará la prueba obtenida mediante la declaración del trabajador ante un eventual proceso penal. Para este punto, resulta sumamente pertinente la doctrina emanada de los citados fallos “Skanska”, “Wowe”, “Raña” y “Menechino” (punto III.A). En primer lugar, en virtud del principio de libertad probatoria, nada obsta a que las manifestaciones vertidas por los empleados en el marco de una investigación empresarial sean utilizadas luego como prueba en un proceso penal. Ha quedado sumamente claro que los particulares pueden introducir prueba al proceso penal y que no se encuentran comprendidos por los límites formales establecidos por la ley procesal. En segundo lugar, el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y se resignan las razonables expectativas de intimidad al conversar con otro. Como se vio en el mismo punto III.A., el maestro ROXIN se ha expedido en igual sentido: “Lo que el autor del delito cuenta a sus conocidos o a otros sujetos particulares sobre su crimen, puede usarse para probar su responsabilidad, si llega a oídos de las autoridades encargadas de la investigación. Esto también resulta válido para lo que conversa un detenido con otro en la prisión sobre su delito (BGH NStZ 1989, 32)”¹⁶².

¹⁶¹ MAIER, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, 2004, p. 860.

¹⁶² ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p.141.

El único principio constitucional que corresponde analizar es la proscripción de incorporar a la causa como prueba expresiones del imputado obtenidas de manera subrepticia. Esta cuestión, estaría solucionada si, al comenzar la entrevista, se informa al entrevistado las “Reglas Miranda de la Empresa” (*Upjohn protections*). Entonces, al comenzar el interrogatorio y para evitar un eventual planteo nulificante en un proceso penal, deberá informarse al entrevistado que:

(i) los abogados representan a la compañía y no al empleado/testigo.

(ii) el derecho a la privacidad y al amparo del secreto profesional de las comunicaciones entre abogado-cliente, pertenece a y está controlado por, exclusivamente, la empresa y (iii) la empresa puede optar por renunciar al privilegio y divulgar lo que el empleado informa, a un agente estatal o a cualquier otro tercero. De esta manera, la expectativa de intimidad de las respuestas que se brinden en el interrogatorio será nula y no podrá alegarse engaño alguno, el cual, en rigor, está vedado a las autoridades estatales por la obligación que a ellas rige respecto a instruir al procesado de su derecho a negarse a declarar y de su derecho a consultar con un abogado¹⁶³.

Finalmente, debe remarcarse que la criminalidad económica, que comprende los grandes casos de corrupción, implica complejos hechos que traspasan las fronteras de un país e involucran cifras de múltiples ceros. Es necesario cambiar la manera de investigar este tipo de delitos transnacionales ya que es evidente que nada se logrará de manera convencional. Tal sostiene SILVA SÁNCHEZ, respecto a un “derecho penal de dos velocidades”, se trata en estos casos de delitos que se alejan de los modelos clásicos y cuya compleja estructura no admite análisis limitados a reiterar esquemas explicativos tradicionales¹⁶⁴. Ya no se trata de delitos cometidos por una o tres personas en un país determinado, modelo para el cual se pensó el proceso penal actual. Tampoco tiene sentido pensar en una pena de prisión, pues lo valioso es recuperar el patrimonio perdido. Es este sentido, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial, publicaron una guía para recuperar los activos robados y combatir los flujos financieros ilícitos, “recognizing the serious problem of corruption

¹⁶³ ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, pp. 143-144.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1era edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66-67.

and the need for improved mechanisms to combat its devastating impact and facilitate the recovery of corruption proceeds”¹⁶⁵.

Es hora de poner las cartas sobre la mesa y abrir los ojos ante un cambio de paradigma que se está dando a nivel global. Es tiempo de que la eficiencia y la utilidad gobiernen las investigaciones sin soslayar las garantías de las personas humanas y no humanas.

En conclusión, el empleado no se encuentra amparado por el *nemo tenetur* en el marco de un interrogatorio llevado a cabo en una investigación interna pre- judicial y la información que allí se recabe puede incorporarse al proceso penal.

Es importante que la jurisprudencia recepte estas prácticas, pues lo contrario tornaría letra muerta las disposiciones de la Ley 27.401.

De esta manera, Argentina cumpliría de manera acabada con los estándares internacionales de lucha contra la corrupción. Corrupción que cada vez más implica un grave menoscabo al bienestar social, cultural y económico de nuestro país.



¹⁶⁵ “Reconociendo el serio problema de la corrupción y la necesidad de contar con mejores mecanismos para combatir su devastador impacto y facilitar la recuperación de productos de la corrupción” (la traducción es propia) “Asset Recovery Handbook. A guide for practitioners”. Disponible en: https://www.un.org/ruleoflaw/files/ar_handbook_final.pdf , [último acceso el 31/10/2020].

VI. Bibliografía

VI.A Libros

- AGUILERA GORDILLO, *Compliance Penal en España*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2018.
- ALONSO GALLO, “Los programas de cumplimiento”, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 1era edición, Madrid, Civitas, 2011.
- CASTANY, RODRÍGUEZ y VINUESA, “Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 1era edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018.
- CASTEX, “La nueva Ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en CASTEX, (dir.), *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*, 1era edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018.
- DIAZ; HECKH y MASSÓ, “Spain”, en SPEHL y GRUETZNER, (eds.), *Corporate Internal Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, 1era edición, Munich, C.H. Beck oHG, 2012.
- DIRK BLUMENBERG y GARCÍA MORENO, “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN, (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014.
- ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en Silva Sánchez, (dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 1era edición, Atelier, Barcelona, 2013.
- FEIJOO SÁNCHEZ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2012.
- GIMENO BEVIÁ, *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Arazandi, Navarra, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores),

Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2da edición, Civitas, Madrid, 2016.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ- JARA DÍEZ, (autores), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1era edición, Aranzadi, Navarra, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): aspectos laborales”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014.
- KENT y TOMAS, “United States”, en SPEHL y GRUETZNER, (eds.), *Corporate Internal Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, 1era edición, Munich, C.H. Beck oHG, 2012.
- LASCURAÍN, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 1era edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MAIER, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, 1era edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción”, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 1era edición, Comares, Granada, 2006.
- MASCHMANN, “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN, (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 1era edición, Edisofer, Madrid, 2014.

- MONTIEL, “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 1era edición, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1era edición, Iustel, Madrid, 2008.
- ORCE y TROVATO, “El compliance como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, LA LEY2018-A, 6/03/2018, p. 6.
- O’REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y REILLY LEWIS, *Punishing Corporate Crime*, 1era edición, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, 1era edición, Comares, Granada, 2017.
- ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 1era edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- SACCANI, “Investigaciones internas: una guía práctica”, en (dirs.) DURRIEU y SACCANI, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, 1era edición, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1era edición, Civitas, Madrid, 1999.
- TOMPKINS, AVERGUN y DUNCAN, “Witness Interviews in Internal Investigations: The US Perspective”, en SEDDON, DAVISON, MORVILLO, BOWES QC, TOLAINI, ADAMS y MCGRATH, (eds.), *The Practitioner’s Guide to Global Investigations*, 3era edición, Law Business Research Ltd, Londres, 2019.
- VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, 3era edición (actualizada por los Dres. Ayán y Cafferata Nores), Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986.
- VIDAL ALBARACÍN, *Delitos Aduaneros*, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2010.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros”, en ROMEO CASABONA y FLORES MENDOZA, (ed.),

Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, 1era edición, Comares, Granada, 2012.

VI. B Artículos en revista

- COFFEE, «Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response», *Virginia Law Review* , 7, 1977.
- SPOLANSKY, “Nadie está obligado a declarar contra si mismo, falso testimonio y culpabilidad”, *La Ley*, t. 140, p. 701.

VI. C Trabajos publicados en internet

- FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions», *North Carolina Law Review* 89, 2010, p. 29. Disponible en: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4468&context=nclr>; [último acceso el 13/02/2020].
- Guía sobre la evaluación de programas de cumplimiento corporativo, actualizada por el Departamento de Justicia de los EE.UU. en abril de 2019. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>, [último acceso el 29/10/2020].
- U.S. Sentencing Guidelines Manual de 1991. Disponible en: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/Chapter_8.pdf , [último acceso el 11/02/2020].
- RODRÍGUEZ YAGÜE, “La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales”, pp. 19-21. Disponible en: www.cienciaspenales.net, [último acceso el 12/02/2020].
- “The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations”. Disponible en: https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference_Handouts/Clinical_Practice_Compliance_Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf , [último acceso el 29/10/2020].
- “Filip Memorandum”. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf> , [último acceso el 11/02/2020].

- “Asset Recovery Handbook. A guide for practitioners”. Disponible en: https://www.un.org/ruleoflaw/files/ar_handbook_final.pdf , [último acceso el 31/10/2020].
- Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado (FGE). Disponible en: [https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA\(1\)\(1\).PDF](https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA(1)(1).PDF) [último acceso el 13/02/2020].
- FGE, Circular 1/2016, del 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf [último acceso el 10/02/2020].
- Dictamen del Fiscal General, Dr. Adler, disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/Dictamen-Dr.-Adler-Responsabilidad-Penal-de-las-Personas-Jur%C3%ADdicas.pdf>, [último acceso el 25/04/2020].

VI.D Jurisprudencia Nacional

- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO (CNAT), Sala VI, “Figueroa, Sergio A. c. Compañía de Servicios Hoteleros S.A.”, rta. el 15/07/2002.
- CNAT, Sala V, “B.M.C. Casino de Buenos Aires y otros”, rta. el 05/07/2007.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO (CNAPE), Sala B, causa “Cadesa Export S.A. Régimen Penal Cambiario”, rta. el 13/09/2010.
- CNAPE, Sala B, causa “Suitis S.A.”, rta. el 14/02/2012.
- CNAPE, plenario “Serur. Hnos. y otros”, del 22/5/1962.
- CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL (CNCC), Sala I, causa 19.364, “Navarro, Elbert”, “in re” “Hidalgo, Jorge Adalberto”, rta. el 17/02/2003.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL (CNACCF), Sala I, “Farías Diego Hernán s/procesamiento”, rta. el 28/04/2009.
- CNACCF, Sala de FERIA, “Menechino, María I. y otros”, rta. el 24/07/2003.
- CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (CFCP), Sala IV, causa nro. CFP 8579/2006/266, rta. el 13/04/2016.

- CFCP, Sala IV, causa nro. 30468, "Raña, R. s/nulidad", rta. el 20 de abril de 1999.
- CFCP, Sala IV, "Wowe, Carlos", rta. el 30/10/1998.
- CFCP, Sala III, "Peugeot Citroën S.A. s. rec. de casación", causa n° 2984, reg. 715/01, rta. el 16/11/01.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala VI, "Lopez, Mauro Gabriel s/ Recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por Agente Fiscal", rta. el 4/2/2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), Fallos: 238:416; 240:416; 253:493; 300:1173.
- CSJN, "Arce", Fallos 320:2145.

VI.E Jurisprudencia Internacional

- USSC, "Upjohn Company v. United States", 13/01/1981.
- UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, "United States v. Kumar", rta. el 12/08/2010.
- UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, "Gilman v. Marsh & McLennan Cos.", rta. el 16/06/2016.
- UNITED STATES DISTRICT COURT, S.D. NEW YORK, "United States v. Stein", rta. el 25/07/2006.
- TRIBUNAL SUPREMO (STS). SALA DE LO PENAL, N° de resolución "316/2018", rta. el 28/06/2018.
- STS. SALA DE LO PENAL, N° de Resolución "35/2020", rta. el 6/02/2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, "STC 137/1985", rta. el 17/10/198 (RTC 1985,137).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, "STC 141/1985", rta. el 22/10/1985 (RTC 1985, 141) .
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, "STC 19/1983", rta. 14/03/1983 (RTC 1983,19).
- LG Hamburg del 15/10/2010, NJW 2011.
- BGH del 30/04/1964, NJW 1964.
- BGH, NJW 1990.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), “Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 21/6/2016.
- TEDH , “Case of Coorplan-Jenni GmbH and Hascic v. Austria (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 11/12/2006.
- TEDH, “Case of the Fortum Corporation v. Finland (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 15/10/2003.
- TEDH, “Case of Saunders v. United Kingdom (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 17/12/1996.
- TEDH, “Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden (*Merits and Just Satisfaction*)”, rto. el 21/5/2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), “Caso Cantos Vs. Argentina, Excepciones Preliminares”, rto. el 7/09/2001.
- CORTE IDH, Caso Cantos Vs. Argentina, Excepciones Preliminares”, rto. el 7/09/2001.
- CORTE IDH, “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 22/06/2015.
- CORTE IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. 6/02/2001.
- CORTE IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 21/11/2007.
- CORTE IDH, “Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, rto. el 28/1/2009.
- CORTE IDH, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16”, 26/02/2016.