

Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?

Sumario

-

Las investigaciones internas parecen abrirse camino poco a poco en el sector empresarial español (al menos, en las grandes y medianas empresas), lo que puede estar modificando la tradicional visión que se tenía de la instrucción penal. No existe ninguna previsión legal que las contemple en nuestro ordenamiento, pero su anclaje normativo se infiere y deduce de las previsiones que el Código Penal contiene en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tampoco existe ningún pronunciamiento directo sobre ellas por parte del Tribunal Supremo, si bien en diferentes sentencias ha regulado, indirectamente, determinadas cuestiones relativas a su desarrollo y eficacia en el proceso penal. Por otro lado, de atenderse por nuestros tribunales las resoluciones dictadas por el Bundesverfassungsgericht a propósito del caso Dieselgate, las investigaciones internas podrían verse seriamente restringidas. Nos encontraríamos, pues, ante zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales.

Abstract

-

Internal investigations seem to be gradually making their way into Spanish business sector (at least in large and medium-sized enterprises), which may be modifying the traditional view of the criminal investigation. There is no statutory provision that foresees them in our legal system but their normative anchorage can be deduced from several Spanish Criminal Code provisions on corporate criminal liability. Additionally, nor is there any direct decision issued by the Spanish Supreme Court that regulates internal investigations, although it has indirectly delimited some matters regarding their development and effectiveness within the criminal process in different judgments. On the other hand, internal investigations could be seriously restricted if our courts considered the resolutions issued by the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) concerning the Dieselgate case. We would therefore be dealing with 'regulatory carrots' and 'jurisprudential sticks'.

Abstract

-

Interne Ermittlungen haben nach und nach Einzug in den spanischen Unternehmensbereich (zumindest in große und mittlere Firmen) gehalten, wodurch die herkömmliche Perspektive auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren modifiziert werden kann. Es liegt keine gesetzliche Bestimmung vor, die die internen Ermittlungen in der spanischen Rechtsordnung vorsieht. Stattdessen leiten sie sich aus den Regeln strafrechtlicher Haftung juristischer Personen her. Der Spanische Oberste Gerichtshof hat bisher keine Entscheidung über diese internen Ermittlungen getroffen, obwohl bereits einige Fragen, die die Entwicklung und Wirksamkeit der Ermittlungen im Strafverfahren betreffen, indirekt in verschiedenen Urteilen behandelt worden sind. Beachten demgegenüber die spanischen Gerichte die vom Bundesverfassungsgericht in dem Dieselgate-Fall verkündeten Beschlüsse, könnten die internen Ermittlungen ernsthaft eingeschränkt werden. Wir stehen also vor gesetzgebenden Zuckerbroten und rechtsprechenden Peitschen.

Title: Internal Investigations: Regulatory Carrots and Jurisprudential Sticks?

Titel: Interne Ermittlungen: gesetzgebende Zuckerbrote und rechtsprechende Peitschen?

2.2020

Recepción
05/11/2019

-

Aceptación
06/01/2020

-

-
Palabras clave: investigaciones internas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31.bis, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional alemán, Dieselgate, compliance, whistleblowing

Keywords: *internal investigations, corporate criminal liability, Article 31.bis, Supreme Court, Constitutional Court, Dieselgate, compliance, whistleblowing*

Stichwörter: *interne Ermittlungen, strafrechtliche Haftung juristischer Personen, Art. 31 bis Spanisches Strafgesetzbuch, Spanischer Oberster Gerichtshof, Bundesverfassungsgericht, Dieselgate, compliance, whistleblowing*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08

-

Índice

-

1. Introducción

2. Las investigaciones internas como una suerte de instrucción corporativa

3. La zanahoria legislativa: los modelos de organización y gestión del Código Penal y sus efectos

4. El palo jurisprudencial: una lectura preliminar del tridente regulatorio indirectamente elaborado por el Tribunal Supremo

4.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: ausencia de viabilidad probatoria de la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»

4.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: restricción de extrapolar las facultades limitadoras de derechos fundamentales que el empleador tiene en el ámbito laboral a la jurisdicción penal

4.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: condiciones para aplicar la exclusión probatoria de las evidencias lesivas de los derechos fundamentales obtenidas por los particulares

5. ¿El palo jurisprudencial?: una relectura sosegada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

5.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: las investigaciones internas no se limitan a «preparar lo preparatorio» sino que lo recopilado en su desarrollo se debe incorporar al proceso a través de un medio de prueba válido

5.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: la limitación de las facultades de control del empresario al ámbito laboral no afecta a la práctica común de las investigaciones internas


5.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: la exclusión probatoria no aplica a las investigaciones internas en tanto que las evidencias no se han de obtener lesionando derechos fundamentales

6. ¿Y si el palo jurisprudencial viniera de fuera? Breve referencia a las resoluciones del Bundesverfassungsgericht en el caso «Dieselgate»

7. Conclusiones

8. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Es posible que la concepción decimonónica de la investigación penal esté en pleno proceso de mutación, en el sentido de que podría estar siendo objeto de una suerte de privatización a través de las investigaciones internas. En efecto, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento ha supuesto que poco a poco el sector empresarial español (o, mejor dicho, las multinacionales y grandes corporaciones que operan en territorio nacional) hayan ido importando de sus matrices o de sus competidores modelos para indagar sobre la posible comisión de delitos en su seno. Siendo esto una cuestión de hecho (en expansión y con mucho que recorrer, pero efectiva, al fin y al cabo), desde un punto de vista jurídico cabe preguntarse si las investigaciones internas han sido y son promocionadas por el Código Penal (en adelante, CP) o si, por el contrario, son más bien una consecuencia extramuros a la voluntad del legislador.

Paralela a esta realidad que se está desplegando tímida pero decididamente en nuestro tejido empresarial, el Tribunal Supremo ha dictado una ristra de resoluciones que, *a priori*, parecerían limitar la efectividad e incidencia de las investigaciones internas en el proceso penal: la STS 980/2016, ponente Marchena Gómez, que valora la viabilidad probatoria que le ha otorgado a la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»; la STS 528/2014, ponente Maza Martín, que rechaza extender a la jurisdicción penal las limitaciones de derechos fundamentales por parte de los empleadores cuando ejercen su potestad de control de la actividad social; y la STS 116/2017, ponente Marchena Gómez, que establece las condiciones que deben concurrir para no aplicar la exclusión probatoria de las evidencias obtenidas por los particulares lesionando derechos fundamentales. Aunque estos pronunciamientos no se referían directamente a las investigaciones internas, atendiendo a su ratio y contenido, es inevitable formularse la siguiente pregunta: ¿es posible que se hayan vetado jurisprudencialmente incluso antes de haberse asentado, aunque sea de manera involuntaria e indirecta, o estamos más bien ante una ausencia de previsión por el tribunal y, por tanto, de una desacertada deducción sugestiva?

Al margen de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, tres resoluciones del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante BVerfG) dictadas en el seno del caso «Dieselgate», o caso Volkswagen, analizaron cuestiones relevantes en torno a las investigaciones internas, mermando en cierto modo el alcance y protección de estas. Aunque, obviamente, su margen de eficacia directa en nuestro ordenamiento es nulo, no lo es tanto –a la vista de la práctica de nuestros operadores jurídicos y doctrina *ius penalista*– su potencial crédito e influencia a futuro como criterio interpretativo.

Planteando todo lo anterior en otros términos: ¿ha sacado nuestro legislador una zanahoria para fomentar las investigaciones internas pero la jurisprudencia les ha «dado un palo» incluso antes de que se hayan asentado en nuestra cultura jurídica? Dar respuesta a este interrogante constituye el objeto de esta reflexión.¹

* Autor de contacto: Alejandro Ayala González, alejandro.aya.gonza@gmail.com

¹ La referencia a la teoría del palo y la zanahoria no es más que una licencia literaria que se utiliza a meros efectos dialécticos: la tesis que se presenta en este trabajo no responden a la lógica de la propuesta original, ajena a la ciencia jurídica. La teoría de la motivación encuentra su origen en el pensador utilitarista Jeremy Bentham (1748-1832) y su tesis reside en que se puede motivar a una persona a hacer

2. Las investigaciones internas como una suerte de instrucción corporativa

Aunque (entiendo que) la relación entre el cumplimiento normativo y la responsabilidad penal de las personas jurídicas es contingente (aquel puede existir sin esta y viceversa),² lo cierto es que nuestro ordenamiento los ha configurado como instituciones inherentes.³ La responsabilidad criminal de los entes colectivos es concebida generalmente como consustancial a la adecuada autorregulación, a la disposición corporativa a cumplir con el ordenamiento, de tal manera que el reproche penal se cimienta en la ausencia de medidas efectivas internas dirigidas al control del riesgo.

La posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el ámbito penal ha desembocado en una delegación a las propias personas jurídicas de los deberes de gestión y control del riesgo, produciéndose una suerte de autorregulación (regulada),⁴ en la que los entes colectivos tienen la potestad de desarrollar una normativa interna que les permite evitar ser sancionadas penalmente: los denominados planes de prevención de delitos o de cumplimiento penal.⁵ Estos suelen integrarse en las políticas y programas de cumplimiento, también conocidos en el ámbito de los negocios como programas (de) *compliance* (aunque no se comparte esta anglosajona remisión lingüística).⁶ Nótese –a fin de evitar malentendidos– que cuando se habla de delegación de deberes de gestión y control del riesgo se está aludiendo, concretamente, al riesgo penal (o, mejor dicho, a la lucha contra la criminalidad y prevención de comisiones delictivas), pero no al deber genérico de que la actividad social se desarrolle dentro de los

algo a través de la promesa de recompensas (la zanahoria) y la amenaza de castigos (el palo). Si bien es cierto que en este trabajo el uso de la hortaliza se realiza en términos retributivos, la referencia varal se hace desde una perspectiva lingüística más coloquial y, en todo caso, en un plano desconectado a la motivación.

² Para profundizar en los motivos que fundamentan esta tesis, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 485.

³ Esta conexión que regularmente se hace doctrinalmente se ve bien representada principalmente en NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 81-84 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 248-274.

⁴ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 231.

⁵ Se trata de una consecuencia lógica de la delegación de los deberes de control de la criminalidad: “[l]a delegación tiene dos efectos principales. El más evidente es el de generar un deber de seguridad nuevo en el delegado que lo acepta; el menos evidente es el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante”, tal y como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La delegación como fuente de deberes penales: la responsabilidad por omisión de delegante y delegado», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 172.

⁶ Para profundizar sobre los programas de cumplimiento normativo, véanse entre otros NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 218 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance* (A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009)», *Diario La Ley* (7441), 2010, *passim*; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO/GÓMEZ-JARA DÍEZ/ZARZALEJOS NIETO (co-autores), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 27 ss.; o SIEBER, «Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresa» (trad. ABANTO VÁSQUEZ), en URQUIZO OLAECHEA/ABANTO VÁSQUEZ/SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, 2011, *passim*.

límites del riesgo permitido. Este es un deber originario en tanto que concurre una posición de garante.⁷

La **complejidad luhmaniana de la sociedad actual**⁸ ha socavado el alcance de las técnicas clásicas de intervención estatal, de tal manera que el control jurídico ha introducido herramientas de autorregulación social propias del llamado derecho reflexivo⁹. En esta línea, la proliferación de la delincuencia en la que el responsable tiene un acceso especializado al objeto del ilícito por medio de un determinado rol laboral, profesión o posición organizacional (la teoría de las actividades rutinarias)¹⁰ ha supuesto que el Estado haya visto dificultada su capacidad instructora y enjuiciadora. Y en este sentido, para subsanarla, el Estado ha optado por otorgar a las personas jurídicas facultades de control de la criminalidad: las ha implicado en la lucha contra la criminalidad.¹¹ Ahora bien, ello no implica un repliegue del Estado o una dejación de las funciones que tradicionalmente le han sido propias por una desaparición de los intereses públicos afectados, sino que estos planes son más bien una instrumentalización dirigida a la defensa de los intereses públicos.¹²

En este contexto, a fin de garantizar su efectividad y poder proteger esos intereses públicos afectados (función de control de criminalidad, respeto de los derechos y garantías de los afectados, etc.), estos programas de cumplimiento penal estipulan (o al menos deberían estipular) mecanismos indagatorios para detectar una eventual comisión delictiva en el seno

⁷ Sin necesidad de entrar en los distintos matices que cada autor señala, esta competencia originaria es aceptada, entre otros, por LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en VV.AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, 1995, *passim*; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, 2006, pp. 421 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, pp. 80 y 81; o DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 65.

⁸ La complejidad luhmanniana se remonta a la teoría de la sociedad del sociólogo Niklas Luhman, quien la describía como un sistema autorreferente de comunicaciones. Traducido al castellano, LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, 1990.

⁹ Para profundizar en las particularidades del derecho reflexivo, véase TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review* (17), 2, 1983, pp. 239-286 y, EL MISMO, «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review* (18), 2, 1984, pp. 291-301. Para ver su aplicación en el ámbito *ius* penalista, con estrecha relación con las propuestas luhmannianas, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad de la empresa*, 2005, *passim*.

¹⁰ COHEN/FELSON, «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review* (44), 4, 1979, *passim*. A estos efectos, se recomienda acudir a ORTIZ DE URBINA GIMENO, «*Too much of a good thing?: Marcus Felson, la teoría de las actividades cotidianas y la delincuencia de cuello blanco*», en SUMMERS, *Crimen, oportunidad y vida diaria: Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, 2015, pp. 500 ss.

¹¹ BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 17 y 18.

¹² DEL ROSAL BLASCO, «El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 536.

social, los cuales constituyen una parte esencial de los sistemas de cumplimiento.¹³ Estos mecanismos son los que conocen coloquialmente como investigaciones internas (o *internal investigations*, recurriendo a la terminología anglosajona que comúnmente se utiliza, pero que tampoco se comparte). Por su configuración, también las denominaremos en adelante **instrucciones corporativas**. Estas, en fin, sirven principalmente para determinar lo sucedido, analizar el posible impacto que ello pueda tener y definir la estrategia a seguir por parte de la organización que la ha llevado a cabo.¹⁴

Los estudios relativos a la criminalidad empresarial (principalmente desarrollados en y a partir de la década de los ochenta del siglo pasado) apuntan a que, en la delincuencia de cuello blanco, los mecanismos de control interno y externo constituyen un elemento preventivo relevante.¹⁵ De hecho, se ha afirmado que el éxito de las investigaciones criminales depende de la asistencia que las organizaciones involucradas puedan prestar.¹⁶ Y es posible que, por ello, a raíz del reconocimiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, hayan surgido de facto estos mecanismos, definidos como herramientas de **cooperación público-privada**.¹⁷

En esta línea, cada vez con más regularidad y normalidad las empresas (al menos, multinacionales) recurren a contratar servicios de investigaciones internas en relación a asuntos penales. Bien sea porque lo importan de sus matrices, bien porque conocen las prácticas de sus competidores o porque simplemente se está implantando una cultura empresarial en tal dirección, lo cierto es que cada vez son más las investigaciones internas que se desarrollan (algunas, incluso, con bastante eco mediático). No se puede decir, todavía, que sea una práctica habitual en nuestro ordenamiento¹⁸ pero sí que, poco a poco, comienza a estabilizarse como instrumento de indagación y de toma de decisiones corporativas.¹⁹

Las propuestas para clasificar la tipología de investigaciones internas son amplias y dispares. Se han clasificado según el objeto de las pesquisas (si versan sobre ilícitos penales, ilícitos extrapenales o incumplimientos contractuales); su carácter esclarecedor o preventivo; el grado

¹³ NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario la Ley* (8120), 2013, p. 11.

¹⁴ BLUMENBERG/GARCÍA-MORENO, «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 292.

¹⁵ Así concluyen FINNEY/LESIEUR, «A Contingency Theory of Organizational Crime», en BACHARACH, (ed.), *Research in the Sociology of Organizations: A Research Annual* (1), 1982, *passim*; COLEMAN, «Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime», *American Journal of Sociology* (93), 2, 1987; o BAUCUS, «Pressure, opportunity and predisposition: A multivariate model of corporate illegality», *Journal of Management* (20), 1994, *passim*.

¹⁶ FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution», *North Carolina Law Review* (89), 2010, p. 68.

¹⁷ Así han sido definidos, entre otros, por NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 261; o por PRIETO GONZÁLEZ, «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2019, *passim*.

¹⁸ LOMAS/KRAMER, *Corporate Internal Investigations. An International Guide*, 2ª ed., 2013, p. 326.

¹⁹ Nótese que se hace referencia a las investigaciones internas de índole penal y no a las relacionadas con el ámbito laboral, las cuales tienen algo más de recorrido en nuestro ordenamiento.

inicial de sospecha exigido para iniciarlas; la tipología del sujeto pasivo (si es víctima la propia persona jurídica, otro trabajador compañero, agentes externos o los propios empleados — supuestos de auto-puestas en peligro—); la naturaleza de las medidas a adoptar y sus consecuencias jurídicas (civiles, laborales, penales o procesales)²⁰ o bien atendiendo a su objetivo (ser defensivas, verificar el funcionamiento del modelo de organización y gestión o comprobar incumplimientos concretos).²¹ Sin embargo, a los efectos de facilitar la exposición de este trabajo, parece oportuno añadir una última categoría (abstracta, no excluyente entre sí o con otras categorías, ni necesariamente determinable *ex ante*) reparando en el efecto o repercusión que tiene o pretende tener sobre un procedimiento penal: bien efecto *ad intra*, bien *ad extra*. Mientras que las primeras tienen vocación de esclarecer al órgano de cumplimiento o al órgano de dirección de la persona jurídica qué ha ocurrido para así poder tomar las decisiones oportunas, la segunda persigue dar a conocer a las autoridades lo esclarecido en su seno.²²

Las **investigaciones *ad extra*** no devendrán en un mecanismo sustitutorio de la fase de instrucción propiamente (como se verá *infra*), mientras que las **investigaciones *ad intra*** nunca tendrán efecto alguno en este sentido a no salir de la esfera corporativa. En otras palabras, la instrucción corporativa no resta poder al monopolio público de instruir causas penales ni es en este sentido excluyente —a lo sumo complementario (con las consecuencias que ello puede tener y que se analizarán)—. Lo único que denota es que aparece un nuevo sujeto (privado) que ejerce facultades investigadoras en el ámbito penal. Precisamente por esto último, se ha afirmado que, en tanto que las personas jurídicas asumen la función de control de la criminalidad, se está produciendo un proceso de «privatización» de una potestad que tradicionalmente ha recaído en los poderes públicos: la investigación penal.²³

En esta lógica, esta habría dejado de ser monopolio de autoridades públicas. Y, efectivamente, desde una perspectiva material así es. Desde el momento en que las personas jurídicas del sector privado optan por inquirir en su entramado organizacional para detectar indicios de la comisión de un delito, lo que decimonónicamente había sido una actuación meramente pública ha dejado de serlo. Se ha hablado incluso de que las organizaciones han adoptado una labor

²⁰ ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, «Derecho de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 201 ss.

²¹ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, pp. 1106 y 1107.

²² Ambas categorías no son excluyentes entre sí ni su catalogación se determina *ex ante* porque lo que originariamente solo perseguía fines internos, con posterioridad puede seducir la idea de aportarlo y exhibirlo externamente visto el resultado de la investigación.

²³ Las voces que así lo señalan son varias. Por señalar algunas, NIETO MARTÍN, «Introducción», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, *passim*; MONTIEL, «Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 224; ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, en SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 206; NEIRA PENA, «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (37), 2015, pp. 4 ss.; ALCÁCER GUIRAO, «Investigaciones internas», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 214; o, en el Derecho comparado, SIEBER, en URQUIZO OLAECHEA/ABANTO VÁSQUEZ/SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *LH-Tiedemann*, 2011, p. 206.

pseudo-policial.²⁴ No creo que se haya llegado al extremo, señalado por algunos, de que la autorregulación y las investigaciones internas constituyen una suerte de delegación en la persona jurídica del ejercicio del *ius puniendi*, tanto material como procesalmente, sobre las personas que se encuentran bajo su ámbito de influencia.²⁵ Pero lo cierto es que las corporaciones desarrollan internamente de facto potestades instructoras.

Dejando a un lado los juicios de valor que puedan realizarse sobre esta privatización, lo hasta ahora dicho no es más que una plasmación de una realidad concurrente y en proceso de normalización en nuestro ordenamiento. Luego habrá que ver la virtualidad, el alcance y los efectos que las investigaciones internas pueden y podrán tener.

Dicho lo cual, las disquisiciones que surgen alrededor de las investigaciones internas son múltiples: cuáles son las ventajas y las desventajas de desarrollarlas; qué derechos y garantías son predicables de los investigados; cuáles son los deberes y las obligaciones de los investigadores; cuál es el nivel de sospecha exigido para comenzarlas; cuáles son el diseño y la tramitación más adecuados; cuáles son las sanciones a adoptar tras la conclusión; etc. Todas ellas son cuestiones de vital importancia y su adecuada respuesta permitirá que las instrucciones corporativas tengan o no proyección. No obstante, lo que interesa en esta reflexión reside en ubicar el origen y fundamento legal, así como discernir si, a pesar de estar asentándose en el sector privado, han sido vedadas indirectamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. La zanahoria legislativa: los modelos de organización y gestión del Código Penal y sus efectos

No cabe duda de que el elemento fundamental e impulsor de las investigaciones internas se remonta a hechos recientes, concretamente, a la introducción en nuestro ordenamiento de una institución que tradicionalmente²⁶ le había sido ajena: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reconocida y reformada, respectivamente, por la LO 5/2010 y la LO 1/2015.²⁷ Sin

²⁴ ALCÁCER GUIRAO, «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley* (8053), 2013, p. 2.

²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración de con la Administración de justicia», en ECHANO BASALDÚA (dir.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos, Cuadernos penales de José María Lidón* (6), 2009, p. 233.

²⁶ Adviértase que cuando se hace referencia a «tradicionalmente» se está aludiendo al Derecho penal moderno. En contra del pensamiento generalizado de que la responsabilidad de las personas jurídicas se originó en el seno del *common law*, lo cierto es que estuvo reconocida en los ordenamientos de corte romano-germánica mucho tiempo antes. Ciertamente, la responsabilidad de los entes colectivos y *universitates* formó parte de la realidad jurídica de la Europa continental desde el siglo XII hasta el advenimiento y consagración de los postulados de la Revolución Francesa y de las tesis *ius* penalistas de Cesare Beccaria, momento en que se excluyó su viabilidad dogmática y se deificó la responsabilidad individual como norma única y excluyente. Por su parte, la idea de que las personas morales pudieran delinquir no fue acogida por el *common law* hasta mediados del siglo XIX. Véase MARINUCCI, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en VV.AA., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. I., 2008, p. 1183.

²⁷ En todo caso, nótese que las normas de «buen gobierno» también tienen un importante papel en la instauración de las investigaciones internas. Así, por ejemplo, son destacables las disposiciones sobre las políticas y procedimientos de control interno previstas en el Capítulo V de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y en el Capítulo IV del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de

embargo, en estas modificaciones legislativas el CP nada refirió explícitamente respecto a las instrucciones corporativas. Surge, por tanto, la pregunta de si las investigaciones internas constituyen una consecuencia (fáctica) ajena a la voluntad (jurídica) del legislador.

El régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulado, como bien es sabido, en los artículos 31 bis a 31. *quinquies* y concordantes del CP. A los efectos perseguidos, entre las disposiciones que lo componen resalta la que permite la exclusión de la responsabilidad corporativa si la organización en cuestión cuenta con un modelo de organización y gestión que incluya medidas de control adecuadas para reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos en su seno, esto es, si cuenta con los ya referidos planes de prevención de delitos o de cumplimiento penal.²⁸

Como norma genérica, estos programas deben promover una cultura organizacional que estimule el comportamiento ético y respeto por la legalidad²⁹ y su objeto no es otro que sistematizar los procedimientos y las medidas adoptadas dirigidas a este fin.³⁰ Ahora bien, no

prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; o los requisitos de organización interna impuestos por el artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

²⁸ Así queda atrás la discusión sobre el trato que merecía contar con un programa de cumplimiento en el momento de la comisión del delito: aunque estaba –y sigue estando– reconocido como una atenuante haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, nada decía el legislador sobre el trato que merecía la existencia de los modelos al tiempo de la comisión, como advertía, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas jurídicas», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 170. Cierta sector doctrinal ya se inclinó por la propuesta vigente, véase -entre otros- BACIGALUPO SAGGESE, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley* (7541), 2011, p. 7. En todo caso, nótese que su conceptualización como eximente es objeto de debate doctrinal, el cual reside principalmente en el modelo dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se quiera hacer valer; discusión interesante pero que excede del objeto de este trabajo.

²⁹ GALLEGO SOLER, «Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 203. Estos programas, dada la evidencia empírica, parecen tener un impacto no menor como factor preventivo, pues, junto a los motivos que empujan a desarrollar actividades ilícitas y las oportunidades que favorecen estas conductas, la ausencia de control favorecen el florecimiento de actuaciones delictivas. Véase al respecto, MCKENDALL/DEMARR/JONES-RIKKERS, «Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines», *Journal of Business Ethics* (37), 2002, *passim*.

³⁰ ARTAZA VARELA, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 237. Destáquese que los dos grandes modelos de programas de cumplimiento son los orientados a los valores, por un lado, y los basados en la vigilancia, por otro lado. Los primeros tienen como elemento central el código ético y como finalidad la promoción de valores internos acordes con el respeto a la legalidad a través fundamentalmente de la formación. Los segundos, como el propio nombre indica, se basan en la vigilancia. No es que en los primeros no existan medidas de control; existen, pero son las usuales dentro de una empresa. Sin embargo, en los segundos, las medidas de vigilancia son mucho más invasivas e incluyen el acceso a los correos electrónicos de los empleados, la videovigilancia, la contratación de detectives, etc. Véase al efecto NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal» en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.),

deben limitarse a aportar directrices de conducta o códigos éticos, sino que han de contener medidas idóneas para dificultar o evitar la comisión de delitos.⁵¹

La adopción de estos modelos debe entenderse como una facultad propia del órgano de dirección y administración, que no un deber, en la medida en que la inobservancia de la adopción no es sancionada, sino que simplemente no permite que la persona jurídica pueda verse beneficiada de la exclusión de la responsabilidad.⁵² Eso sí, para que esta opere no es suficiente la mera existencia de un modelo de control y supervisión, sino que debe tener un contenido mínimo y una eficacia preventiva mínima⁵³ –esto es, estar en el ámbito del riesgo permitido-⁵⁴ al menos teórica. Es decir, debe mostrar visos de idoneidad *ex ante*. Por ello, contar con el debido asesoramiento en la elaboración, implementación, seguimiento y actualización de un programa de cumplimiento penal es clave y fundamental.

Para excluir la responsabilidad corporativa, es necesario que *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos* de aquella. La configuración concreta de este órgano depende en todo caso del tipo de persona jurídica en cuestión. No obstante, sí parece correcto afirmar que las personas físicas que lo compongan deben contar con la adecuada formación y disponer de los medios y autoridad suficientes para poder desarrollar sus funciones con total independencia.⁵⁵

Compliance y teoría del Derecho, 2013. Por coherencia sistemática, cabe imaginar que el segundo modelo se acabará imponiendo en el sector privado en tanto que es en el que tienen cabida las investigaciones internas (con las ventajas que estas presentan).

⁵¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 148.

⁵² En una línea similar, pero identificando esta facultad como una incumbencia, véase SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 681. Refiriéndose de manera más específica a procedimientos de inspección y monitoreo, se identifica como una carga en NEIRA PENA, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (37), 2015, p. 7. No debe obviarse, en todo caso, que en el Proyecto de Código Penal se preveía imponer a los administradores la obligación de adoptar medidas de vigilancia para evitar la comisión de delitos (véase la versión publicada el día 4 de octubre de 2013, artículo 286 bis 1 CP). Esta técnica legislativa, se ha apuntado, incrementaría las investigaciones internas. Véase al efecto CABEZUELA SANCHO, «Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal», *Diario La Ley* (8274), 2014.

⁵³ BACIGALUPO SAGGESE, *Diario La Ley*, (7541), 2011, p. 7. Sobre los criterios de efectividad manejados en el Derecho comparado, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, «Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, *passim*.

⁵⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Sección 1)», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 637.

⁵⁵ Circular 1/2016 de la FGE, p. 46. En los casos en los que la responsabilidad penal del ente colectivo derive de la actuación de los sujetos que se encuentran bajo la supervisión de los individuos a los que se refiere el artículo 31 bis 1.b, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (artículo 31 bis 4). Ciertamente, debe aceptarse la tesis de que, aunque existe un doble régimen de exención de responsabilidad corporativa (uno para los delitos cometidos por los

Aunque a primera vista parece que esta especificación se refiere al oficial de cumplimiento, no en vano se ha señalado que no necesariamente procede realizar esta identificación automática.³⁶ En esta línea, el propio CP permite que las funciones de supervisión puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración, y no por otro independiente y autónomo, cuando la persona jurídica sea considerada de «pequeñas dimensiones», esto es, cuando según la legislación vigente, estén autorizadas para presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada (artículo 31 bis 3).³⁷ Estas distinciones entre unas y otras figuras pueden tornarse relevantes a la hora de valorar la efectividad y el seguimiento interno que se hace de una instrucción corporativa.

Asimismo, para que opere la exención (además de las condiciones previstas en los artículos 31 bis 2, 3 y 4), los modelos de prevención deben cumplir con determinados requisitos y exigencias.³⁸ Sin embargo, lo cierto es que **la norma no exige que estos modelos de organización y control estipulen mecanismos de investigación interna**. Nada dice el legislador sobre la indagación corporativa de comisión de delitos en su seno.

No obstante lo anterior, destáquese por el momento que el cuarto requisito exige la implementación de un sistema de información y denuncias que permita el descubrimiento de

administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados), ambos son sustancialmente idénticos; tan sólo la condición tercera de las cuatro que se estipulan en el artículo 31 bis 2 –referida a la elusión fraudulenta– resulta inaplicable en estos supuestos (Circular 1/2016 de la FGE, p. 62).

³⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 183. Sobre la figura del oficial de cumplimiento, véase, entre otros, ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento («compliance officer») ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 319 ss. o DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 67.

³⁷ El artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece: «1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. 2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior».

³⁸ Concretamente –reza el artículo 31 bis 5 del CP–: «1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

comisiones delictivas e identificación de los presuntos autores.³⁹ Asimismo, el quinto requisito refiere la articulación de un sistema disciplinario, el cual, según se ha indicado acertadamente, debe abarcar no sólo las comisiones delictivas sino también las conductas que dificulten su descubrimiento o infracciones de la obligación de información.⁴⁰ Todo ello sin perjuicio de que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo debe ser confiada a un órgano con poderes autónomos.

Señalado lo anterior, en otro orden de las cosas, junto a la exención prevista en el artículo 31 bis 2 a 5 del CP, el legislador ha previsto cuatro circunstancias (todas ellas postdelictivas)⁴¹ que permiten atenuar la responsabilidad corporativa (artículo 31 *quater*).⁴² Además de la acreditación parcial de las condiciones del artículo 31 bis 2 y la reparación del daño causado, el precepto permite la atenuación a través del establecimiento, «antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». Esto es, básicamente, la implementación de un modelo de organización y gestión.

De igual manera, «[h]aber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades» constituye una atenuante de la que se puede beneficiar la persona jurídica. Se trata de una previsión que es completamente coherente con los fines político-criminales que hay detrás de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues su objeto es garantizar la persecución y condena de los delitos perpetrados en el seno social⁴³. Requiere, como condición temporal, que la confesión se produzca con carácter previo a conocer la imputación, pero no exactamente antes del inicio del proceso.⁴⁴

Por último, el ente colectivo puede atenuar su responsabilidad por «[h]aber 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». A la vista de la dicción de la cláusula, no constituye una atenuante de mera actividad, pues el último inciso exige una obligación de resultado (lo que, apúntese, instauraría una categoría incompatible con el énfasis del Derecho Penal en la conducta de los sujetos a los que se dirige).⁴⁵ Asimismo, la

³⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 181. Para profundizar sobre estos canales de denuncia (también conocido como *whistleblowing*, en referencia a su homólogo anglosajón), véase, entre otros, NIETO MARTÍN, en *Diario La Ley* (8120), 2013, *passim*; RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, *passim*; o GÓMEZ MARTÍN, “Compliance y derechos de los trabajadores”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 447.

⁴⁰ Este requisito es exigido por la propia Circular 1/2016 de la FGE, pp. 44 y 45.

⁴¹ GOENA VIVES, «La atenuante de colaboración», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 229 ss.

⁴² Para un análisis crítico y completo sobre las atenuantes corporativas, remítase a GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, *passim*.

⁴³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 175.

⁴⁴ OUBINA BARBOLLA, «Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas», en MORENO CATENA, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, p. 365.

⁴⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 175. Por ello propone el autor, a fin de evitar fraudes procesales, exigir relevancia sin incidir en su eficacia efectiva.

colaboración debería ser entendida como un acto unilateral de la persona jurídica y no como una respuesta a una petición del órgano judicial, pues si se está produciéndose una colaboración por la práctica de una diligencia judicial, lo aportado no será «nuevo».⁴⁶

Una vez más, como ya ocurría con las exigencias de contenido de los planes de prevención de delitos, el legislador no alude expresamente a las investigaciones internas en el elenco del artículo 31 *quater* del CP. Practicarlas no es reconocido como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, sí entroniza como tal la autodenuncia, la colaboración corporativa relevante y eficaz, así como la implementación de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos en el seno social.

Así las cosas, ¿las investigaciones internas tienen algún fundamento legal? ¿Cuál es este, en su caso? ¿O estamos más bien ante la introducción en nuestra cultura jurídica de una institución paralela al parecer del legislador?

Ciertamente, **tanto los requisitos aludidos para los modelos de organización como las referidas circunstancias atenuantes de la responsabilidad corporativa presuponen la articulación de un mecanismo que permita detectar comisiones delictivas.**⁴⁷ En efecto, las personas jurídicas tienen legal (e indirectamente) atribuida la potestad de investigar internamente la eventual comisión de ilícitos penales en su seno.

Como bien se ha señalado, las investigaciones internas son una consecuencia necesaria de esta autorregulación que se ha instaurado en nuestro ordenamiento.⁴⁸ Son, de hecho, un elemento sustancial de los modelos de organización y gestión del artículo 31 bis.⁴⁹ Si, como entiende el legislador, estos deben estipular canales de denuncias, si estas deben ser recibidas por el órgano de cumplimiento y este, en su caso, ha de articular las imposiciones disciplinarias, es lógico pensar que el correcto y adecuado desempeño de estas funciones requiere inexcusablemente investigar sobre la infracción denunciada.⁵⁰ Un correcto funcionamiento interno requiere filtrar las comunicaciones que puedan ser falsarias o temerarias, así como garantizar que la habilitación sancionadora se desarrolle de manera inquiridora y no arbitraria.

De igual forma, para estar en disposición de confesar y autodenunciarse antes de ser sabedora de que el procedimiento judicial se dirige contra ella, la persona jurídica debe haber tenido

⁴⁶ FARALDO-CABANA, «Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, p. 106.

⁴⁷ Deduciendo en la misma línea, sin entrar en las concretas reflexiones de cada autor, véanse entre otros MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 222; ALCÁZER GUIRAO, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 206 o PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, pp. 1105 y 1106. En términos más maximalistas, véase BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, 2012, p. 138.

⁴⁸ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1106.

⁴⁹ NIETO MARTÍN, en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 231. Entendiendo que los procedimientos destinados al descubrimiento y esclarecimiento de delitos constituyen un elemento esencial de los programas de cumplimiento, véase SIEBER, en URQUIZO OLAECHEA/ABANTO VÁSQUEZ/SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *LH-Tiedemann*, 2011, p. 206.

⁵⁰ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1106.

oportunidad de conocer y evaluar el comportamiento objeto de la autodenuncia.⁵¹ Y si se pretende que el ente colectivo colabore de manera relevante y eficaz, debe de tener a su disposición las herramientas que le permitan hacerlo. No en vano el artículo 31 *quater* 1.d estipula como atenuante el establecimiento, «*antes del comienzo del juicio oral, (de) medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos*». No se refiere solo a actuaciones que puedan influir en la conducta de sus integrantes y prevenir comisiones delictivas (adopción de códigos éticos o medidas similares), sino también a aquellas dirigidas a «descubrirlas».

Por tanto, las personas jurídicas tienen la facultad de investigar internamente la comisión de delitos en su seno. No porque lo diga el legislador nítidamente, sino porque constituye una consecuencia lógica del modelo de responsabilidad penal instaurado en nuestro ordenamiento. El desarrollo de investigaciones internas favorece y permite la aplicación de las circunstancias atenuantes e, incluso, demostrar que el programa de cumplimiento ha funcionado adecuadamente.⁵² Dicho de otra manera, casa perfectamente con las eximentes y atenuantes de los artículos 31 bis 2, 3 y 4 y 31 *quáter* del CP. Los entes colectivos deben tener la posibilidad de evitar su reproche penal pues de otra manera quedarían a la merced de las actuaciones de sus integrantes. No tendría sentido que se les permitiese gozar de las antedichas atenuantes o exención, pero, en cambio, no pudieran actuar activamente para poder garantizar su efectividad, resultando ser fruto de la casualidad poder disfrutar de ellas.

De hecho, tal dominante es esta interpretación que la propia Fiscalía General del Estado (FGE, en adelante), en sus correspondientes Circulares 1/2011 y 1/2016, abraza la institución y anima a las personas jurídicas a investigar internamente la comisión de delitos en su seno. Lo hace al reconocerle mérito a la aportación al procedimiento de una investigación interna porque, entiende, estas contribuciones «*revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad*» y permite apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante o incluso eximente.⁵³

A la vista queda que, aunque no sea de manera expresa, las investigaciones internas encuentran anclaje y fundamento en el propio CP y que incluso han sido promovidas y afirmadas por la propia FGE. Así, el legislador sacó una zanahoria⁵⁴ normativa a pasear que, poco a poco, está siendo seguida por algunos de nuestros operadores jurídicos y nuestro sector empresarial.

4. El palo jurisprudencial: una lectura preliminar del tridente regulatorio indirectamente elaborado por el Tribunal Supremo

Parece claro que las investigaciones internas cuentan con la bendición del legislador y de una institución de tal envergadura como la FGE. Sin embargo, la actitud mostrada por otro operador jurídico relevante, el Tribunal Supremo, no parece ser apriorísticamente tan nítida, pacífica y

⁵¹ Sobre la problemática que encierra esta cuestión, véase BANACLOCHE PALAO, en VV.AA. *LH-Maza Martín*, 2018, *passim*.

⁵² DEL ROSAL BLASCO, «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley* (9180), 2018, p. 3.

⁵³ Circular FGE 1/2016, pp. 55 y 64.

⁵⁴ Utilizando el símil de la zanahoria, si bien en un sentido algo distinto, véase NIETO MARTÍN, *Diario la Ley* (8120), 2013, *passim*.

anuenta. Si bien el órgano judicial no ha tenido oportunidad todavía de pronunciarse expresamente sobre el fundamento, valor, alcance y efecto de las instrucciones corporativas en el procedimiento penal, lo cierto es que, en varios de sus pronunciamientos, ha discernido de manera indirecta sobre elementos que inciden en ellas.

Concretamente, estamos refiriéndonos a (i) la viabilidad probatoria que le ha otorgado a la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio» (STS, 980/2016, ponente Marchena Gómez); (ii) el rechazo a extender a la jurisdicción penal las limitaciones de derechos fundamentales por parte de los empleadores cuando ejercen su potestad de control de la actividad social (STS 528/2014, ponente Maza Martín); y (iii) las condiciones para no aplicar la exclusión probatoria de las evidencias obtenidas por los particulares lesionando derechos fundamentales (STS 116/2017, ponente Marchena Gómez).

Tras una primera lectura de estas resoluciones cabe preguntarse si el Tribunal Supremo ha censurado, aunque sea de una manera indirecta e inconsciente, la viabilidad de las investigaciones internas en nuestro ordenamiento o si, por lo contrario, todo esto no es más que una equivocada inferencia sugerente que no atiende a la ratio del órgano.

4.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: ausencia de viabilidad probatoria de la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resolvió el recurso casacional interpuesto por el Ministerio Público contra un pronunciamiento absolutorio. La impugnación se fundamentaba en un motivo único de casación: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por habersele «*privado al Ministerio Fiscal de un medio de prueba legítimo, tras haberse declarado indebidamente la nulidad del cuerpo de escritura y de la prueba pericial caligráfica realizados*». Concretamente, en el marco de unas Diligencias de Investigación incoadas por el Ministerio Fiscal, el acusado había elaborado un cuerpo de escritura que posteriormente devino esencial para la determinación de su participación en el delito. Esta diligencia había tenido lugar sin mediar detención o coacción alguna y se había ejercitado en debida forma el derecho a renunciar a la presencia del letrado defensor. Pese a ello, el órgano enjuiciador basó la declaración de nulidad de la prueba en el incumplimiento de las normas que regulaban el interrogatorio practicado por el Ministerio Público, así como en la no lectura previa de derechos, y, en fin, porque entendió que las diligencias del Fiscal no eran potencialmente idóneas para generar actos de prueba preconstituida o anticipada.

Pues bien, el sentido de la resolución casacional fue desestimatorio: el Tribunal Supremo concedió la razón al órgano *a quo*. Tal y como reseñó la sentencia, no cabe atribuir eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por la fiscalía, pues ello supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquel. Dictaminó en consecuencia que los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a la que se refiere el artículo 741 LECrim solo pueden emanar de un órgano jurisdiccional. En esta línea, indicó que nada impide que ese cuerpo de escritura se elaborase a instancias del Ministerio Público con el fin de formular, en su caso, la correspondiente *notitia criminis*, y que, con posterioridad, pudiera convertirse en una fuente de prueba. «*Pero –subrayó la sentencia– no en virtud de una idoneidad originaria, sino como consecuencia de su fuerza probatoria sobrevenida*».

En definitiva, la ausencia de respeto del «irrenunciable cuadro de garantías» que asistía al procesado y la «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» impidió que el dictamen elaborado pudiera ser material valorable como medio de prueba. En esta línea, las Diligencias de Investigación fueron definidas por el Tribunal Supremo como **«lo preparatorio que precede a lo preparatorio»** pero, no por ello, podían difuminarse las garantías constitucionales de contradicción, proporcionalidad y defensa, pues estas –señaló la resolución– devienen irrenunciables.

Pues bien, si extrapolamos este razonamiento a nuestro objeto de reflexión, es incuestionable que si las actuaciones indagatorias del Ministerio Público, como tal, no gozan de valor probatorio en un proceso penal (a pesar de tener presunción de autenticidad), con más razón las pesquisas corporativas, como tal, carecerán de tal eficacia. Ciertamente, aquellas actuaciones indagatorias que se hayan podido desarrollar en una investigación interna no constituirán en sí mismos actos de prueba. En términos del alto órgano, la instrucción corporativa no será nunca más que, en su caso, preparatorio que precede a lo preparatorio: la investigación interna no es un fin en sí misma y siempre tendrá vocación instrumental.

Así, la STS 980/2016 impediría que el material probatorio recopilado en una investigación interna sea considerado, por sí solo, un acto de prueba en un procedimiento penal. La «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» de las investigaciones imposibilita que puedan constituirlo como tal.

4.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: restricción de extrapolar las facultades limitadoras de derechos fundamentales que el empleador tiene en el ámbito laboral a la jurisdicción penal

El principal inconveniente de las investigaciones internas es la tensión que se produce entre la facultad –o derecho, según se mire⁵⁵ de la persona jurídica de conocer la comisión de delitos en su seno, por un lado, y el respeto de los derechos fundamentales de sus integrantes, tales como la intimidad o secreto a las comunicaciones, por otro lado.⁵⁶ Efectivamente, las investigaciones corporativas no pueden servir de pretexto para vulnerar los derechos fundamentales de los investigados, como no podía ser de otra manera.⁵⁷ No sólo porque la propia lógica constitucional así lo prescribe, sino porque su eventual conculcación podría devenir en una obtención ilícita del material probatorio, impidiendo su virtualidad en el proceso (*ex* artículo 11 LOPJ –sobre este punto se indagará *infra*).⁵⁸ Así, las investigaciones internas se encuentran sometidas no sólo al Derecho procesal penal, sino a las normas del Derecho de protección de datos y el Derecho laboral.⁵⁹

⁵⁵ Se estipule como facultad o como derecho, sobre lo que no cabe duda es que no puede ser concebido como un deber. Ello es así porque, como se ha indicado en la nota 32, si no existe deber de implementar un modelo de organización y control, tampoco lo hay de desarrollar investigaciones internas. En la misma línea, MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 504.

⁵⁶ GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 423.

⁵⁷ En la misma línea, entre otros, MASCHMANN, «*Compliance y derecho del trabajador*», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 147.

⁵⁸ Véanse apartados los 4.3 y 5.3.

⁵⁹ MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 138.

En este sentido, desde la doctrina se venía abogando por hacer uso de la normativa laboral para articular un marco normativo de referencia⁶⁰ y, la verdad, ante la ausencia de otra regulación autorizadora, constituía una solución óptima (por no decir la única). No obstante, una primera lectura de la STS, 528/2014, ponente Maza Martín, puede llevar a la conclusión de que el Tribunal Supremo ha desaprobado este planteamiento.

Sin necesidad de entrar en sus pormenores fácticos (pues la doctrina enunciada se estableció más bien en un ejercicio nomofiláctico), la sentencia decretó que las potestades de dirección y control del empresario, típicas de la jurisdicción laboral, deben circunscribirse a la misma sin que puedan extenderse al enjuiciamiento penal. Particularmente, el Tribunal Supremo se refirió a la potestad de la empresa de analizar y examinar los medios de trabajo que, siendo de su titularidad, son puestos a disposición de los trabajadores para realizar sus tareas (ordenadores, cuentas de correo electrónico corporativas, etc.), siempre que se haya enervado la expectativa de privacidad de los empleados previamente. Como bien es sabido, conforme a la jurisprudencia de la Sala Cuarta y la doctrina constitucional, cuando se tratan de medios informáticos facilitados por la empresa para la prestación de sus servicios, esta puede imponer límites en su uso, los cuales se harán efectivos lícitamente si han sido dados a conocer al trabajador afectado (ya sea en el contrato de trabajo, en una norma interna de la empresa o, incluso, en el convenio colectivo aplicable). Esta restricción corporativa anula la expectativa razonable de privacidad que podría entenderse establecida por la práctica interna o como uso social (véanse las SSTC, 241/2012, ponente González Rivas y 170/2013, ponente Ollero Tassara).

La STS 528/2014, ponente Maza Martín, estipula que estos criterios *«han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral, ante el que obviamente nuestra actitud no puede ser otra más que la de un absoluto respeto (...), pero que, en modo alguno, procede que se extiendan al enjuiciamiento penal, por mucho que en este la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas»*. Fundamenta la tesis razonando que el artículo 18.3 de la Constitución (en adelante, CE) exige la concurrencia de una resolución judicial de tal modo que *«no contempla, por tanto, ninguna posibilidad, ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia»*. Asimismo, señala que la renuncia al derecho no puede convalidar la ausencia de intervención judicial. Por consiguiente –continúa la sentencia– *«para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial»*.

⁶⁰ Como ejemplo de esta corriente, tómesese como ejemplo GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, *passim*; ESTRADA I CUADRAS/LOBET ANGLÍ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, *passim*; ALCÁGER GUIRAO, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 207.

En definitiva, como se decía *supra*, la citada STS 528/2014 estableció que las potestades de dirección y control del empresario, típicas de la jurisdicción social, deben circunscribirse a la misma sin que puedan extenderse al enjuiciamiento penal.⁶¹ En esta línea, decaerían las referidas propuestas doctrinales dirigidas a definir al Derecho laboral como marco de referencia de las investigaciones internas y limitarían notablemente las capacidades de los investigadores.⁶² De ser cierto, estos no contarían con ningún fundamento legal para obtener información depositada en los dispositivos electrónicos que los empleados sujetos a la correspondiente investigación interna hubieran podido generar.

4.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: condiciones para aplicar la exclusión probatoria de las evidencias lesivas de los derechos fundamentales obtenidas por los particulares

En su STS 116/2017,⁶³ el Tribunal Supremo analizó, entre otras cuestiones, si el delito fiscal al que había sido condenado el recurrente había sido fundado en una prueba de cargo ilícitamente obtenida. Concretamente, la prueba en cuestión era un fichero con una relación de individuos con cuentas en Suiza no declaradas (entre los que se encontraba el recurrente), obtenido en el país extranjero vulnerando su derecho fundamental a la intimidad y que, tras ser tratado por las autoridades francesas, fue remitida a las españolas. Esta relación era la conocida como *Lista Falciani*.

Tras un análisis de las resoluciones acaecidas en el Derecho comparado analizando cuestiones similares y descartando la virtualidad de los principios de no indagación o doble incriminación (que en el caso concreto podían ser relevantes y habían sido argüidos por el recurrente), el Tribunal Supremo estableció acertadamente como premisa que «[e]l concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito».

A continuación, discernió que «[e]l poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías». En consecuencia –continuó la resolución–, «es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes

⁶¹ Para un análisis comparado de la jurisprudencia social, penal, constitucional y europea en esta materia, véase AGUSTINA/VARGAS, «Investigaciones internas y privacidad en el correo electrónico corporativo: sobre la necesidad de autorización judicial previa para acceder a los correos electrónicos de la empresa», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, *passim*.

⁶² Este punto resulta llamativo desde la óptica del Derecho comparado pues, en Alemania, por ejemplo, –cuyo ordenamiento es de innegable y notoria influencia sobre el nuestro–, la jurisprudencia ha afirmado que las investigaciones internas están sometidas del derecho laboral (véase, por ejemplo, LG Hamburg, *NJW*, 2001, 942 [«HSH Nordbank»]).

⁶³ El Tribunal Constitucional corroboró la posición adoptada por esta sentencia del Tribunal Supremo en su STC 97/2019 (Pleno), ponente Montoya Melgar.

para la formulación del juicio de autoría. (...) Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas..."). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal -entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales».

Así, «la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior (...) la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. (...) Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal». Y todo ello «pese a existir constancia de que [los ficheros documentales] fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero».

*Sobre este razonamiento, entendió que «la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame». Dicho lo cual, **el Tribunal Supremo estipuló dos condiciones para poder valorar en un procedimiento penal las pruebas obtenidas por un particular: (i) que la actuación individual estuviera desvinculada absolutamente al ejercicio del ius puniendi y (ii) que no existiera interés en la prefabricación de pruebas.***

Si analizamos ambas condiciones a la luz de una investigación interna, a priori, podría entenderse que ponen en entredicho su viabilidad en el procedimiento penal. Respecto a la primera cabe apuntar que si, como decíamos, nuestro ordenamiento ha optado por acudir a técnicas del derecho reflexivo y ha decidido delegar las funciones de control de la criminalidad en las personas jurídicas, a primera vista parecería complicado deslindar las investigaciones internas de la actividad judicial. No obstante, **desde una perspectiva material, una investigación interna ni respalda ni es una pieza camuflada del Estado.** Las pesquisas corporativas nada tienen que ver con las propias de la autoridad, por más que las mismas puedan perseguir los mismos objetivos. Son una actuación paralela, ajena a los entresijos estatales, que a lo sumo coadyuva a fines legítimamente perseguidos, pero no a la propia actividad pública dirigida a su consecución. Creo que no deberían confundirse medios con fines.

Asimismo, la persona jurídica, ya sea en su calidad de investigada o preinvestigada, está en disposición de ejercitar en toda su extensión sus derechos y prevalerse de las garantías que el procedimiento le otorga. Por ello, incluso desde una perspectiva teleológica, no se daría esta convergencia si consideramos que conocer lo ocurrido es indispensable para garantizar, en su caso, el derecho de defensa corporativo.

Por su parte, la segunda condición sí pudiera ser más problemática. Al fin y al cabo, la instrucción corporativa pretende aprehender fuentes de prueba. **De manera difusa y compleja puede argumentarse que la investigación interna no tenía interés en prefabricar pruebas**

si son incorporadas a un procedimiento penal más tarde (de ahí que se dijera que su catalogación como *ad intra* o *ad extra* no es excluyente e indeterminable *ex ante*).

Consecuentemente, esta resolución podría tener repercusión en la viabilidad procesal de las investigaciones internas *ad extra*: lo obtenido en su desarrollo no podría ser ulteriormente utilizado en un procedimiento penal.

5. ¿El palo jurisprudencial?: una relectura sosegada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Como consecuencia de lo anterior, la primera impresión de este trípode jurisprudencial es que el Tribunal Supremo le habría «dado un palo» definitivo a las investigaciones internas: Las evidencias recopiladas nunca podrían ser utilizadas como prueba ante un órgano jurisdiccional. Se habría vedado por los jueces lo que el legislador parecía haber fomentado de manera indirecta.

No obstante, ¿es tal el palo jurisprudencial? Una lectura sosegada de las resoluciones analizadas puede guiar a una conclusión distinta.

5.1. STS, 980/2016, ponente Marchena Gómez: las investigaciones internas no se limitan a «preparar lo preparatorio» sino que lo recopilado en su desarrollo se debe incorporar al proceso a través de un medio de prueba válido

Hemos visto que la STS 980/2016, negando la virtualidad probatoria de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, estaría impidiendo que el material probatorio recopilado en una investigación interna sea considerado, por sí solo, un acto de prueba en un procedimiento penal. Como hemos indicado, la «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» –en palabras del Tribunal Supremo– de las investigaciones imposibilita que puedan constituirlo como tal.

Sin embargo, esto no debe llevar a la conclusión de que esta limitación suponga de por sí que la instrucción corporativa sea papel mojado y que lo obtenido en su desarrollo no pueda ser valorada por el órgano judicial.

En efecto, una cosa es que las investigaciones internas en sí mismas –las actuaciones que puedan desarrollar o los informes que puedan elaborarse en su seno– no puedan ser conceptuadas como fuente y/o medio de prueba y otra, muy distinta, que no pueda ser incorporadas a un procedimiento penal a través de un medio de prueba válido. Si –como determina la sentencia de referencia– «solo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria» por el órgano judicial, tan solo debe procederse a *convertir* en acto jurisdiccional el material obtenido en una investigación interna.

La declaración que un empleado haya podido prestar en el seno de una instrucción corporativa, por ejemplo, no constituye en sí un acto procesal que pueda valorarse como medio de prueba. Lo que no se permite es que lo que un individuo dijera en una entrevista durante la investigación interna sea, por sí sola, una deposición judicial. Pero ello no impide que esa misma deposición tenga lugar ante el órgano judicial competente (con efectivo cumplimiento

de las previsiones, advertencias y garantías legales correspondientes según el caso) y, en consecuencia, se erija como prueba. Tampoco imposibilita que se aporte, si existe, el acta levantada durante la entrevista o la grabación audiovisual soporte y que se evalúen las discrepancias que se puedan dar entre una y otra deposición a los efectos de valorar la prueba. De igual manera, los documentos que puedan haberse aprehendido, sin son aportados a la causa para permitir su análisis y, en su caso, impugnación, nada impide que puedan ser evaluados en el procedimiento penal. Existiendo las fuentes de prueba, pueden obtenerse los medios de prueba.

Así, todo material probatorio que se recopile durante una investigación interna podrá tener virtualidad probatoria siempre que sea incorporado al procedimiento penal mediante un medio de prueba válido⁶⁴ con plenas garantías (principalmente, contradicción, interdicción de provocar indefensión y control de legalidad). Todo ello sin perjuicio de la valoración posterior que se pueda realizar sobre los mismos por las partes y el órgano competente.

Dicho lo cual, haciendo mías las palabras de la siguiente reflexión⁶⁵ (la cual juega a su vez con las propias de la resolución de referencia): «[s]iguiendo el paralelismo [entre Diligencias de Investigación y las investigaciones internas como «lo preparatorio que precede a lo preparatorio»], si según la misma jurisprudencia las Diligencias de Investigación del Fiscal “agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de acciones penales”, las investigaciones internas (...) agotarán su funcionalidad cuando sirven a la empresa para tomar sus decisiones respecto a los trabajadores y respecto a las comunicaciones que deban hacer a las autoridades, no pudiendo de ninguna forma “aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba” porque “lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional». En fin, siguiendo este paralelismo, esta resolución, más que denostar las investigaciones internas, podría estar reforzando aquellas con vocación *ad intra*.

Por tanto, la incidencia que se puede deducir de la citada STS 980/2016 sobre las investigaciones es doble. Mientras que por un lado explica la eficacia probatoria de las instrucciones corporativas *ad extra* (que no niega, pues siempre se puede proceder a su conversión en acto procesal), por otro lado, puede inferirse cierto respaldo a las instrucciones corporativas *ad intra*. En definitiva, no se les habría «dado» un palo.

5.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: la limitación de las facultades de control del empresario al ámbito laboral no afecta a la práctica común de las investigaciones internas

La limitación jurisprudencial de las facultades de control del empresario al ámbito laboral implicaría la eliminación de la base legal sobre la que se sustentarían las pesquisas de una investigación interna focalizadas en el ámbito penal, como hemos visto.

Sin embargo, esta conclusión sería apresurada (y equivocada), pues al margen de lo que se ha transcrito de la sentencia, el Tribunal Supremo subrayó que la restricción señalada «operará tan

⁶⁴ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1115.

⁶⁵ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1115.

solo respecto a lo que estrictamente constituye ese “secreto de las comunicaciones”, es decir, con exclusión de los denominados “datos de tráfico” o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial».

Como se ve, de la anterior restricción jurisprudencial **se excluyen los denominados datos de tráfico, la utilización de los equipos informáticos para acceder a otros servicios de la red y los mensajes recibidos y abiertos por su destinatario**, pues no forman parte de una comunicación en sentido estricto y, por tanto, no se someten al derecho de las comunicaciones. Es decir, la restricción jurisprudencial abarca al proceso de comunicación en sí, que constituye en núcleo de protección del artículo 18.3 de la CE, pero no a otros elementos asociados que gozan un nivel de protección tan solo legal o reglamentario, pero no constitucional. Esto es de suma relevancia para el desarrollo de las investigaciones internas pues las actuaciones que con mayor regularidad se realizan en las mismas son, aparte de entrevistas con los trabajadores, el análisis de correos electrónicos (recibidos y leídos), por un lado, y la revisión de la documentación e información contenida en los dispositivos utilizados por los empleados, por otro lado.⁶⁶ Es decir, elementos ajenos al artículo 18.3 de la CE.

No en vano, **en su STS 489/2018, ponente Del Moral García, el Tribunal Supremo apuntaló en la jurisdicción penal el denominado test Barbulescu**, elaborado por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en su sentencia de 5 de septiembre de 2017 (asunto: Barbulescu c. Rumanía).⁶⁷ Sin perjuicio de que el Alto Tribunal reconozca que la conocida como doctrina Barbulescu II no difiere mucho de la jurisprudencia nacional, este hito supone la aceptación en la jurisdicción penal de criterios de acceso a fuentes de prueba primordiales de las investigaciones internas (siempre que se respeten los límites del artículo 18.3 de la CE).⁶⁸

En este sentido, para dar cumplimiento con los requisitos de la mentada doctrina conviene contar con unos eficaces y claros protocolos, así como con políticas de uso y acceso de los medios (informáticos) puestos a disposición de los empleados. Asimismo, en esta línea, conviene señalar que el carácter irresoluble que el eventual conflicto de intereses que podría darse entre los trabajadores investigados y la propia persona jurídica, junto a la dirección que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haber tomado sobre la

⁶⁶ PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1111. No obstante, la autora señala que la extensión de las políticas BYOD («Bring Your Own Device»), en las que las empresas incentivan que los trabajadores utilicen sus propios dispositivos, obligará a matizar la jurisprudencia que basa, como se ha visto, la inexistencia de la expectativa de privacidad en la titularidad de los medios.

⁶⁷ Véase Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017, Barbulescu c. Rumanía.

⁶⁸ Para entrar en detalle sobre los problemas penales que encierra el control de los medios empresariales, véase en otros, BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley* (8031), 2013, *passim*; COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley* (9080), 2017, *passim*.

ausencia de amparo del secreto profesional al abogado interno,⁶⁹ hace aconsejable que las investigaciones internas sean desarrolladas por abogados externos.⁷⁰ Estarán en mejor disposición de sortear los inconvenientes antedichos.

En consecuencia, lo que al principio podría parecer una restricción sustancial y enervante para las investigaciones internas se torna, con las matizaciones subrayadas, en una simple enfatización garantista: la atenuación o exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede ser excusa para transgredir los derechos fundamentales de los individuos. La restricción de las facultades de control de la empresa en la jurisdicción penal no veta las pesquisas más comunes en las investigaciones internas y, por tanto, no se ven limitadas.

5.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: la exclusión probatoria no aplica a las investigaciones internas en tanto que las evidencias no se han de obtener lesionando derechos fundamentales

Esta sentencia dictaminó, como hemos indicado, que *«la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame»*. Pero, también hemos visto, estableció dos condiciones para poder valorar en un procedimiento penal las pruebas obtenidas por un particular: (i) que la actuación individual estuviera desvinculada absolutamente al ejercicio del *ius puniendi* y (ii) que no existiera interés en la prefabricación de pruebas.

Cuando establece los dos condicionantes, el TS lo hace, de manera general y global, respecto a las fuentes de pruebas aprehendidas por un particular. Y ello tiene las repercusiones señaladas: no sin ciertas dificultades se puede decir que las investigaciones internas cumplen con los dos requisitos jurisprudencialmente definidos.

Sin embargo, no ha de perderse de vista cuál es la ratio de la argumentación: determinar si aplica la exclusión del artículo 11 LOPJ a las pruebas obtenidos por un particular violentando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales. **Es decir, las dos condiciones son de aplicación cuando concurren dos presupuestos, a saber, (i) la obtención de pruebas por un particular (ii) vulnerando derechos o libertades fundamentales. Pero ya se ha señalado que la premisa básica y el presupuesto elemental que sustenta cualquier investigación interna es garantizarlos, por lo que, en realidad, es nula la repercusión de este pronunciamiento sobre las instrucciones corporativas que sean respetuosos con aquellos** (algo que –se ha de insistir– debería darse por descontado). Se deduce pues que, siempre que no se conculquen derechos o libertades fundamentales, a las investigaciones internas no se les aplicarán los requisitos de desvinculación con la actividad estatal y de desinterés en la prefabricación.

⁶⁹ Véase la Sentencia del TJUE, de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd. c. Comisión Europea (C-550/07).

⁷⁰ Coincidiendo en esta conclusión, SAHAN, «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 256. En contra, por entender que no debe realizarse distinción entre abogado interno y externo a efectos del secreto profesional, véase por ejemplo DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ, «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal» en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p.1003.

Sea como fuera, lo cierto es que la sentencia apuntó que «razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal (...) Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto». Por tanto, es probable que el TS, llegado el caso, realice un ejercicio de reconsideración de su jurisprudencia a la luz del caso concreto de una investigación interna y se pronuncie expresamente sobre la validez probatoria de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la misma. De todos modos, como adelantamos, su validez no tendría por qué ponerse en entredicho.

En definitiva, no habría tal palo jurisprudencial por parte del TS.

6. ¿Y si el palo jurisprudencial viniera de fuera? Breve referencia a las resoluciones del *Bundesverfassungsgericht* en el caso «*Dieselgate*»

Hemos visto que nuestro legislador mostró, al menos indirectamente, una zanahoria para fomentar el desarrollo de investigaciones internas y que, lejos del sugestivo planteamiento inicial, el Tribunal Supremo no ha sacado un palo para sacudirlas. Pero ¿y si el palo jurisprudencial viniese de fuera, concretamente de la jurisdicción alemana?

En tres (relativamente) recientes resoluciones, el BVerfG dictaminó sobre cuestiones esenciales relativas a las investigaciones internas (procedimientos 2 BvR 1562/17; 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17; y 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17).⁷¹ Y lo hizo de tal manera que estas no salieron bien paradas. Está fuera de dudas que la eficacia normativa directa de estos pronunciamientos en nuestro ordenamiento es nula. Sin embargo, a la vista de la tradicional costumbre que nuestros operadores jurídicos (poderes legislativo y judicial, doctrina, etc.) tienen en atender a la realidad vecina –señaladamente la teutona–, conviene apuntar brevemente los siguientes comentarios.

A raíz del fraude de las emisiones contaminantes de sus vehículos diésel, Volkswagen AG contrató los servicios de asesoramiento de una firma de abogados norteamericana. Estos servicios se circunscribían al correspondiente asesoramiento legal y representación letrada ante las autoridades estadounidenses, así como al desarrollo de una investigación interna para conocer la realidad de los hechos. En el seno de la misma, los abogados de la oficina de Múnich del despacho contratado analizaron grandes volúmenes de documentación corporativa y de diferentes empleados de las distintas sociedades del grupo Volkswagen.

En paralelo a esta instrucción corporativa, se inició una propiamente judicial sobre las emisiones contaminantes de los motores diésel 3.0 de Audi AG (el denominado **caso «Dieselgate» o caso Volkswagen**). En la misma se investigaban las posibles responsabilidades penales y contravencionales⁷² en las que la empresa automovilística y/o sus directivos podían

⁷¹ Para acceder a un análisis del *iter* impugnatorio y las resoluciones del Tribunal Constitucional, véase <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2018/bvg18-057.html> (en alemán o inglés). Último acceso: 7 de marzo de 2020.

⁷² El principio *societas delinquere non potest* sigue vigente en el ordenamiento germano. La estricta dogmática *ius penalista* alemana ha impedido que las personas jurídicas puedan ser declaradas

haber incurrido. En un momento dado de la investigación judicial, el órgano competente acordó la entrada y registro de las oficinas de la antedicha firma legal radicada en Múnich, en la que las autoridades correspondientes aprehendieron diversa documentación que había sido recopilada y producida en la investigación interna en curso. De este modo, el material circunscrito a la instrucción corporativa pasó a formar parte de las actuaciones del procedimiento penal.

Frente a esta decisión judicial se inició un triple *iter* impugnatorio que acabó ante el BVerfG. La señalada orden de entrada y registro fue recurrida, separadamente, por la firma norteamericana, tres abogados empleados de esta y la propia sociedad Volkswagen AG (respectivamente, procedimientos 2 BvR 1562/17; 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 y BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17).

El primer recurso fue desatendido por el BVerfG por entender que el despacho estadounidense carecía de legitimación para formular sus pretensiones. Determinó que, al ser una sociedad constituida según las leyes del Estado de Ohio (Estados Unidos), no podía ser sujeto de derechos fundamentales por no ser una persona jurídica alemana y por no poder acreditarse que su oficina principal radicara en ningún Estado miembro de la Unión Europea.

La segunda impugnación tampoco recibió la anuencia del tribunal. Igual que en el anterior supuesto, a los tres abogados recurrentes se les denegó legitimación alguna por no ser titulares de ningún derecho fundamental afectado por la orden de entrada y registro (o las resoluciones confirmatorias de las mismas). Se entendió que no eran titulares del domicilio objeto de la orden, ni que el material incautado afectara a su intimidad o datos personales (por ser de titularidad de la sociedad Volkswagen AG), ni que el ejercicio del derecho a la libertad profesional o libertad de empresa se hubiera visto afectado. También afirmó el órgano judicial que su derecho a un proceso con todas las garantías no se había visto comprometido en tanto que no eran parte del procedimiento en el que se acordó la entrada y registro.

Por último, respecto al recurso de la sociedad Volkswagen AG, el BVerfG entendió que los derechos de la mercantil se habían visto afectados. Sin embargo, determinó que no se había vulnerado el derecho corporativo a un proceso con todas las garantías. Justificó la legitimidad de la intromisión por la existencia de un procedimiento penal en curso, afirmando que lo recopilado y elaborado en el seno de la investigación interna no podía estar amparado por el

criminalmente responsables a pesar de las propuestas doctrinales que se han formulado. Sin embargo, la responsabilidad de las personas jurídicas no es una institución ajena al Derecho alemán. Actualmente, está prevista, principalmente, en el Derecho contravencional, una rama a camino entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal que sanciona los tipos contravencionales (las faltas despenalizadas y los ilícitos administrativos). La *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 1968 («OWiG»), en su artículo 30, estipula un régimen de responsabilidad contravencional de los entes colectivos en virtud del cual pueden ser declarados responsables por la comisión, en su seno, de un ilícito de naturaleza criminal o contravencional. De esta manera, las infracciones del ordenamiento penal y contravencional pueden acarrear consecuencias punitivas para las entidades. Por otra parte, si bien es cierto que no alude directamente a la responsabilidad de los entes colectivos, el artículo 130 OWiG establece un régimen de responsabilidad por la violación de los deberes de supervisión y control en el seno corporativo que, indirectamente, puede implicar la propia del ente. Para profundizar en el modelo teutón, véase entre otros muchos LOUIS/WASSMER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania» *Revista Penal-Sistemas Penales Comparados* (17), 2006, *passim*; BÖSE, «Corporate Criminal Liability in Germany», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability in Germany: Emergence, Convergence and Risk (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice)*, 2011, *passim*; o en un análisis comparado con otras jurisdicciones, PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ, «Derecho comparado», en JUANES PECES, *Memento Experto Compliance Penal*, 2017, *passim*.

secreto profesional de los correspondientes abogados en tanto que aquel se había establecido con Volkswagen AG y no Audi AG, que sería en su caso la parte pasiva del procedimiento penal.

De las anteriores resoluciones se deduce que en el caso *Dieseldgate*, la Justicia alemana permitió que todo lo recopilado y producido en una investigación interna fuera objeto de incautación por las autoridades e incorporado a un procedimiento judicial que investigaba hechos presuntamente constitutivos de ilícitos penales y contravencionales. Todo ello, sin considerar ninguna afectación del derecho de defensa de la persona jurídica internamente investigada ni intromisión en el secreto profesional que podía tener esta con sus abogados.

Sin entrar en mayores pormenores, de una lectura sistemática de las anteriores resoluciones es claro que se deducen consecuencias nefastas para las investigaciones internas. Ponen en tela de juicio la cobertura que el secreto profesional ofrece a las investigaciones internas y lo que se recopila o elabora en su seno. Desarrollarlas podría ser contraproducente, pues lo descubierto en las mismas no estaría amparado constitucionalmente. Y ello, huelga decir, afectaría seriamente al derecho de defensa (en sentido amplio) de la persona jurídica que haya decidido llevarla a cabo (sobre todo, si su fin era, precisamente, tomar decisiones de cara a un eventual procedimiento penal).

En todo caso, si eliminamos los filtros subjetivos, la cuestión de las peticiones particulares a un proceso judicial en y la de los derechos vinculados al mismo,⁷³ podría decirse que –según el BVerfG– solo estaría amparado por el secreto profesional y el derecho corporativo de defensa el producto de una investigación que un abogado externo haya podido elaborar para el diseño de una estrategia de defensa. Es decir, solo aquellas investigaciones internas (*ad intra* o *ad extra*) que estuvieran vinculadas a un procedimiento (penal), en curso o de futura incoación, estarían

⁷³ Varias son las consideraciones a tomar en cuenta si se pretende analizar el potencial traspaso automático del BVerfG. En primer lugar, respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Reconocido en el artículo 18.2 CE, la titularidad de la persona jurídica con respecto a aquél es una cuestión controvertida. El Tribunal Constitucional no se ha mostrado unánime a la hora de extender el ámbito subjetivo de la inviolabilidad del domicilio, pues si la reconoció en alguno de sus pronunciamientos (véanse, entre otras, las SSTC 137/1985, ponente Pera Verdaguer y 144/1987, ponente Rubio Llorente), en otras ocasiones ha incorporado las notas de la morada y privacidad para negar su titularidad (SSTC 228/1997, ponente García Manzano, y 283/2000, Jiménez de Parga y Cabrera). Sin embargo, diferentes resoluciones del Tribunal Supremo y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han mostrado favorables a atribuir la titularidad del derecho a las personas jurídicas (STS 312/2009, ponente Ramos Gancedo, y las sentencias del TEDH caso *Ekimdzhev c. Bulgaria*, de 28 de junio de 2007, y caso *Isildak c. Turquía*, de 30 de septiembre de 2008). Por tanto, la titularidad de derechos fundamentales de una persona jurídica (nacional o extranjera), concretamente a la inviolabilidad del domicilio, no debería cuestionarse en nuestro ordenamiento. En esta línea, véase HERNÁNDEZ GARCÍA, «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», en *Diario La Ley* (7427), 2010, p. 10. En segundo término, la distinción entre Volkswagen AG y Audi AG podría ser más cosmética que real: desde el momento en que la investigación interna analizó documentación de la segunda (como sociedad del grupo empresarial Volkswagen), desde una perspectiva material se afectó al derecho de defensa de esta en el procedimiento en curso. Que la relación abogado-cliente no se entendiera establecida con ella no parece escapar de un mero formalismo que, ponderado con el derecho corporativo de defensa, podría ser fácilmente superable. La investigación interna, insertada en el marco de las labores de asesoramiento pre-litigioso y la eventual estrategia de defensa a seguir, no tenía por qué circunscribirse a la sociedad firmante de la oportuna propuesta de honorarios. Antes al contrario, la virtualidad de las pesquisas estaría dirigida a garantizar la tutela de cualesquiera de las sociedades (y, en su caso, empleados de las mismas) del grupo empresarial Volkswagen.

a salvo de ser objeto de injerencias ajenas a la relación abogado-cliente.⁷⁴ En esta lectura, más garantista y precisa que la señalada en el párrafo anterior, se limitaría el potencial daño de las resoluciones señaladas.

Ciertamente, entiendo que, en el peor de los casos, esta es la que debiera hacerse. Por lo general, la entrada y registro de un despacho de abogados para aprehender documentación, como idea, no resulta ser una decisión proporcional (estemos o no ante investigaciones internas). En todo caso, estas han de enmarcarse, como veíamos *supra*, en el derecho corporativo de defensa y, como tal, deben respetarse para evitar injerencias indebidas del aparato judicial. El secreto profesional y la confidencialidad de lo que recopile, custodie, elabore y produzca el letrado de una persona jurídica en el seno de una investigación interna debe regir como garantía del procedimiento penal. Si se pretende sumar a los entes corporativos en la lucha contra la criminalidad y que coadyuven en la detección de comisiones delictivas, los estímulos e incentivos deben ser los adecuados. De lo contrario, se fomentará la opacidad corporativa, que es, precisamente, el efecto contrario al perseguido por el legislador.

Dicho lo cual, habrá que ver si alguna de estas resoluciones es tomada como referencia por algún pronunciamiento doméstico y si se inflige, en su caso, un palo definitivo a las investigaciones internas que se desarrollen en nuestro ordenamiento. Un acercamiento intuitivo y no reposado a las mismas podrían implicar consecuencias nefastas. Sin embargo, una coherencia sistemática con la zanahoria legislativa vigente y una correcta ponderación de los intereses en juego deberían guiar a evaluar con otro prisma el quid de la cuestión.

7. Conclusiones

Parece una cuestión de hecho que poco a poco las investigaciones internas se asientan como una práctica en nuestra cultura jurídica, si bien aún les queda mucho por recorrer. Reparando en la repercusión que tienen o pretenden tener sobre un procedimiento penal, pueden diferenciarse dos tipos de instrucciones corporativas: aquellas con vocación *ad intra* y aquellas con vocación *ad extra*. Mientras que las primeras persiguen esclarecer al órgano de cumplimiento o al órgano de dirección de la persona jurídica qué ha ocurrido para así poder tomar las decisiones oportunas, la segunda procura dar a conocer a las autoridades lo esclarecido en su seno.

A pesar de no haber recibido atención legislativa expresa, las investigaciones internas son una consecuencia lógica y natural del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en el CP. Las específicas previsiones articuladas por el legislador presuponen y premian la instauración de un sistema de instrucción corporativa para conocer de la comisión de delitos en su seno.

Por otro lado, existe una trípole jurisprudencial del Tribunal Supremo que, de manera indirecta, se pronuncian sobre determinados elementos esenciales de esta articulación

⁷⁴ Así lo opina también PRIETO GONZÁLEZ, como expone en «Las investigaciones internas: el *attorney privilege* y el *work product privilege*», en VV.AA., *Defensa corporativa y compliance*, 2019, p. 254. Le agradezco a la autora que, después de nuestros coloquios sobre el alcance y potencial repercusión de las resoluciones del BVerfG, compartiera conmigo la obra citada, incluso antes de que fuera publicada, para la elaboración de este artículo.

indagatoria. Aunque a primera vista parecería que las investigaciones internas podían haber sido puestas en peligro incluso antes de haberse asentado en nuestra cultura jurídica, en una lectura sosegada y transversal se concluye que estas no han sido tachadas jurisprudencialmente. El Tribunal Supremo no ha limitado el alcance de las investigaciones internas, aunque sí que puede haber matizado indirectamente cuál es su cabida en el procedimiento penal.

Es decir, habría apuntalado indirectamente el alcance de las investigaciones *ad extra*, sin que su virtualidad se haya visto afectada. Para que estas sigan siendo efectivas y valoradas en el seno de un procedimiento penal, bastará con que las evidencias (fuentes de prueba) obtenidas en el curso de la investigación hayan sido recopiladas con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a ellas, así como que sean incorporadas al mismo a través de los oportunos medios de prueba. Mientras que el incumplimiento de la primera condición podría devenir en problemas de nulidad del artículo 11 LOPJ, la segunda, directamente, impide que pueda ser tomada en consideración. A la vista queda que ninguna es insalvable ni impide que las investigaciones internas se vean afectadas en su idiosincrasia.

Sin embargo, existen precedentes en el Derecho comparado –de notable significación por su influencia en nuestro ordenamiento– que, si se toman de referencia, podrían revertir el parecer de nuestro Tribunal Supremo. Tres resoluciones dictadas por el BVerfG con ocasión del caso *Dieseltgate* ponen en tela de juicio la cobertura que el secreto profesional ofrece a las investigaciones internas y a lo que se recopila o elabora en su seno. De atenderse estas en el futuro por nuestros operadores jurídicos podríamos vislumbrar un palo definitivo a las investigaciones internas.

Con todo, empleando otros términos, el legislador español ha sacado una zanahoria para desarrollar investigaciones internas, la cual está siendo perseguida por la FGE y nuestro sector empresarial. Por su parte el Tribunal Supremo, tal vez sin ser consciente de ello, «ha sacado un palo» que no ha llegado a golpearlas, pero sí a moldearlas. El palo definitivo vendrá, en su caso, si se acogen las posturas de nuestro referente germánico. No obstante, huir de automatismos aplicativos y proteger a las investigaciones internas deberían ser el punto de partida para determinar su alcance, extensión, principios, garantías, virtualidad probatoria, etc. Al menos si se quiere salvaguardar alguna coherencia sistemática con la zanahoria legislativa vigente.

8. Bibliografía

AGUSTINA/VARGAS (2019), «Investigaciones internas y privacidad en el correo electrónico corporativo: sobre la necesidad de autorización judicial previa para acceder a los correos electrónicos de la empresa», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, pp. 47 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2013), «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley*, (8053).

————— (2016), «Investigaciones internas», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid.

ARTAZA VARELA (2014), «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 231 ss.

BACIGALUPO SAGGESE (2011), «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, (7541).

BACIGALUPO ZAPATER (2010), «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance* (A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009)», *Diario la Ley*, (7441).

————— (2012), *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Buenos Aires, Hammurabi.

————— (2013), «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley*, (8031).

BANACLOCHE PALAO (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Madrid, pp. 13 ss.

BAUCUS (1994), «Pressure, Opportunity and Predisposition: A Multivariate Model of Corporate Illegality», *Journal of Management*, (20-4), pp. 699 ss.

BLUMENBERG/GARCÍA-MORENO (2014), «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 273 ss.

BÖSE (2011), «Corporate Criminal Liability», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability in Germany: Emergence, Convergence and Risk (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice)*, Springer, New York, pp. 227 ss.

CABEZUELA SANCHO (2014), «Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal», *Diario la Ley*, (8274).

COHEN/FELSON (1979), «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review*, (44-4), pp. 588 ss.

COLEMAN (1987), «Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime», *American Journal of Sociology*, (93-2), pp. 406 ss.

COLOMER HERNÁNDEZ (2017), «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley*, (9080).

DEL ROSAL BLASCO (2016), «El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 533 ss.

————— (2018), «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley*, (9180).

DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ (2019), «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, pp. 989 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2010), «Responsabilidad de personas jurídicas», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, Francis Lefebvre, Madrid.

————— (2013), «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATER/NIERO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165 ss.

————— (2018), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, pp. 129 ss.

ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ (2013), «Derecho de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 197 ss.

FARALDO-CABANA (2015), «Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

FINNEY/LESIEUR (1982), «A Contingency Theory of Organizational Crime», en BACHARACH (ed.), *Research in the Sociology of Organizations: A Research Annual*, v. 1, pp. 255 ss.

FIRST (2010), «Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution», *North Caroline Law Review*, (89), pp. 23 ss.

GALLEGO SOLER (2014), «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 195 ss.

GÓMEZ MARTÍN (2014), «*Compliance* y derechos de los trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 421 ss.

GOENA VIVES (2013), «La atenuante de colaboración», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 229 ss.

————— (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid.

————— (2009), «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración de con la Administración de justicia», en ECHANO BASALDÚA (dir.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales de José María Lidón, (6), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 221 ss.

————— (2011), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO/GÓMEZ-JARA DÍEZ/ZARZALEJOS NIETO (eds.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, pp. 25 ss.

HERNÁNDEZ GARCÍA (2010), «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, (7427).

LASCURAÍN SÁNCHEZ (1995), «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en VV.AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 209 ss.

————— (2015), «La delegación como fuente de deberes penales: la responsabilidad por omisión de delegante y delegado», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 166 ss.

LOMAS/KRAMER (2013), *Corporate Internal Investigations. An International Guide*, 2ª ed., Oxford University Express, Reino Unido.

LOUIS/WASSMER (2006), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania», *Revista Penal-Sistemas Penales Comparados*, (17), pp. 203 ss.

LUHMANN (1990), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Buenos Aires.

MARINUCCI (2008), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en VV.AA., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. I, Edisofer, Madrid, pp. 1173 ss.

MASCHMANN (2013), «Compliance y derecho del trabajador», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 147 ss.

MCKENDALL/DEMARR/JONES-RIKKERS (2002), «Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines», *Journal of Business Ethics*, (37-4), pp. 367 ss.

MONTIEL (2013), «Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 221 ss.

————— (2014), «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 517 ss.

MOOSMAYER (2013), «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 137 ss.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2013), «Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211 ss.

NEIRA PENA (2015), «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (37), pp. 49 ss.

NIETO MARTÍN (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

————— (2013), «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario la Ley*, (8120).

————— (2013), «Introducción», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 11 ss.

————— (2013), «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 ss.

————— (2015), «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2013), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, pp. 461 ss.

————— (2015) «*Too much of a good thing?* Marcus Felson, la teoría de las actividades cotidianas y la delincuencia de cuello blanco», en VV.AA., *Crimen, oportunidad y vida diaria: Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, pp. 493 ss.

OUBIÑA BARBOLLA (2015), «Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas», en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 339 ss.

PEÑARANDA RAMOS (2006), «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, pp. 411 ss.

PRIETO GONZÁLEZ (2016), «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, pp. 1101 ss.

————— (2019) «Las investigaciones internas: el *attorney privilege* y el *work product privilege*», en VV.AA., *Defensa corporativa y compliance*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.

PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ (2017), «Derecho comparado», en JUANES PECES, *Memento Experto Compliance Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

RAGUÉS I VALLÈS (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS (2013), «El responsable de cumplimiento («*compliance officer*») ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 319 ss.

SAHAN (2013), «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 245 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Sección 1)», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

SIEBER (2011), «Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresas» (trad. ABANTO VÁSQUEZ), en URQUIZO OLAECHEA/ABANTO VÁSQUEZ/SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, pp. 63 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2013), «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 79 ss.

————— (2016), «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 669 ss.

TEUBNER (1983), «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, (17-2), pp. 239 ss.

————— (1984), «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review*, (18-2), pp. 291 ss.