

[JULIO DE 2023 - NRO. 7]

EL DERECHO PENAL

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

DIRECTOR: CARLOS A. MAHIQUES. CONSEJO ASESOR: DR. GERMÁN BINCAZ - DR. MIGUEL ETCHEVERRY - DR. ADRIÁN PATRICIO GRASSI - DR. MIGUEL A. R. KESSLER - DR. SANTIAGO QUIAN ZAVALÍA

DOCTRINA

Investigaciones empresariales internas y garantías procesales,
por Juan María Rodríguez Estévez
Cita Digital: ED-MVDCXXXII-127



EL DERECHO

Investigaciones empresariales internas y garantías procesales

por JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES. – III. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL ÁMBITO DE LA LEY 27.401 COMO DEBER DE LA EMPRESA DE INVESTIGAR DETERMINADOS DELITOS. – IV. INVESTIGACIONES EMPRESARIALES IMPUTABLES AL ESTADO. – V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

La implementación del Derecho penal en el campo de la actividad empresarial ha puesto en crisis las estructuras tradicionales de atribución de responsabilidad penal⁽¹⁾. Esta circunstancia ha generado una redefinición de los modelos clásicos de imputación. Como máxima expresión de esta crisis de identidad del sistema penal, hemos incorporado –con cierta naturalidad– un esquema de Derecho penal diferenciado: un núcleo duro de garantías sustanciales y procesales reservado para el sistema penal tradicional y un Derecho penal de velocidad diferenciada (segunda velocidad), dentro del cual se destaca el Derecho penal empresarial⁽²⁾.

Con la irrupción de la responsabilidad penal de las empresas y su reconocimiento como nuevo sujeto de Derecho penal, aquel problema se ha trasladado al proceso judicial⁽³⁾. Principalmente, al campo práctico de implementación de las garantías constitucionales. En este ámbito es posible distinguir dos grupos de casos.

Por un lado, parece importante establecer si el reconocimiento de la empresa como nuevo sujeto de Derecho penal implica que aquella deba contar –en el marco de un proceso penal seguido en su contra– con todas y cada una de las garantías judiciales que el Estado debe asegurar al ciudadano o si, por el contrario, ello requiere una redefinición concreta de cada garantía para establecer cuál o cuáles le resultan aplicables a la entidad, en qué medida y con qué alcance⁽⁴⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aplicación del principio societas delinquere potest*, por LUCÍA GRACIELA SAVARESE, EDPE, 04/2006-20; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas por daño al medio ambiente*, por ALFREDO EDUARDO ISOLA, ED, 250-1050; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿puede extenderse a delitos no contemplados expresamente por la legislación?*, por AGUSTÍN ALEJANDRO MOSSO, EDPE, 11/2012-5; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, por LUIS F. VELASCO, EDPE, 09/2013-05; *La sociedad y los fraudes societarios*, por EFRAÍN HUGO RICHARD, ED, 269-653; *El criminal compliance en los partidos políticos*, por GERMÁN E. GIMÉNEZ MEZA, ED, 270-827; *Las personas jurídicas hoy: ¿será tan fácil como antes utilizarlas para cometer fraude? ¿Seguirán brindando impunidad a sus administradores, fiscalizadores y controlantes infieles?*, por ERNESTO EDUARDO MARTORELL, ED, 273-838; *La abstrusa responsabilidad penal de las empresas*, por EDUARDO A. BARRERA DELFINO y MARCELO A. CAMERINI, ED, 276-553; *Enfoque práctico de la nueva ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, por MARÍA DEL SOL MUÑOZ, ED, 277-813; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo*, por JUAN JOSÉ NAZARENO EULOGIO, ED, 280. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Abogado (UCA). Master en Derecho penal (Universidades Pompeu Fabra y Barcelona). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Profesor de Derecho penal empresario y Derecho procesal penal (Universidad Austral). Agradezco al doctor Gerardo GANLY –especialista en Derecho penal y *compliance*– por haber revisado el borrador de este trabajo y formulado sugerentes comentarios y valiosos aportes.

(1) Para un relevamiento de la cuestión en la Argentina puede consultarse Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El derecho penal en la actividad económica*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, *passim*.

(2) Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

(3) Cfr. Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, “Imputación penal a la empresa y debido proceso”, en Edgardo Alberto DONNA (dir.), *La defensa penal - II*, Revista de Derecho Procesal Penal, 2010-2, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010, 199-219.

(4) En Italia se ha ocupado recientemente del tema Fabio NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenza, anomalie di sistema*, Wolters Kluwer, Milano, 2022. También en aquel ámbito y con relación a la posibilidad de implementar la suspensión del juicio a prueba para las empresas es muy interesante el trabajo de Rebecca GIRANI, “L’ammissibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova per le persone giuridiche: una questione controversa”, en *L’indice penale*, anno VII, Nro. 3, septiembre - diciembre 2021, Dike giuridica. En España, con relación a la prohibición de autoincriminación puede consultarse Beatriz GOENA VIVES, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tene-*

Por otra parte, resulta clave determinar si, en el marco de las investigaciones internas que lleva adelante la empresa para individualizar a los responsables de un delito cometido por medio de ella y en su beneficio, aquellas deben asegurar a los investigados las mismas garantías judiciales que le correspondería a los imputados en el marco de un proceso judicial penal⁽⁵⁾.

Me centraré aquí en examinar este último grupo de casos. Para ello seguiré el siguiente esquema metodológico: a) se inicia con el encuadre axiológico del sistema de garantías procesales en el contexto del Estado Constitucional de Derecho; b) focalizaré sistemáticamente la cuestión en el marco normativo que ha implementado el régimen penal empresario en la Argentina por medio de la ley 27.401; c) seguidamente, se delimitarán los aspectos básicos que deben tenerse en cuenta a los fines de determinar cuándo nos encontramos ante una investigación interna empresarial imputable al Estado y cuáles son sus consecuencias en el orden práctico y; d) por último, trataré de definir si las investigaciones internas mencionadas en el régimen penal empresario de nuestro país constituyen un supuesto de aquellas.

II. El sistema constitucional de las garantías judiciales

En un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho penal es una herramienta esencial para asegurar las condiciones mínimas de orden, paz y tranquilidad de una comunidad⁽⁶⁾. Básicamente, su legitimidad material radica en contribuir –de manera racional y proporcionada– a lograr una convivencia pacífica entre los ciudadanos y evitar la justicia por mano propia. Cuando esa noción de orden es puesta en crisis por la comisión de un delito, el sistema de administración de justicia penal interviene para asegurar el interés de la sociedad en que aquel no quede impune, al tiempo que busca garantizar que la persona acusada de su comisión vea respetada su dignidad durante el transcurso del proceso judicial que se le inicia⁽⁷⁾.

Así, puede afirmarse que el proceso penal implica el razonable equilibrio entre el interés de la sociedad en que el delito no quede impune y el respeto de la dignidad de la persona sometida al proceso. En este contexto, el debido proceso se vincula con los propios fines que tiene en miras el proceso penal. Con otras palabras, se ha sostenido que el Derecho procesal penal, como Derecho constitucional aplicado, tiene tradicionalmente la misión de crear una composición adecuada entre los intereses de los ciudadanos imputados y los intereses de la generalidad de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y en la persecución penal⁽⁸⁾.

En este esquema, las garantías constitucionales constituyen el núcleo duro de los derechos fundamentales a favor de las personas sometidas a proceso penal para hacer

tur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 23-22, 2021. Con relación a la prohibición de doble juzgamiento, Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, “Decisiones estratégicas delictivas y *bis in idem* en entramados empresariales internacionales. Comentario a la STS 710/2021, de 20 de septiembre”, *InDret* 2.2022, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* 2.2022, disponible el 20-VI-2023 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/04/1700.pdf>.

(5) Una mirada muy interesante de las investigaciones internas desde el *compliance*, aunque con algunas diferencias con relación a aquello que aquí se postula, puede verse en: Juan Pablo MONTIEL, “Autolimpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Inigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 221-259.

(6) Con relación al principio de bien común político como configurador del Derecho penal, puede consultarse: Guillermo YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, BdeF, Buenos Aires, 2014, 209 y siguientes.

(7) Esta tensión entre prevención y garantías es definida como natural al Derecho penal. Para mayores detalles puede verse: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, segunda edición ampliada y actualizada, BdeF, Buenos Aires, 2012, 3.

(8) Cfr. Helmut FRISTER y Sara BRINKMANN, “Límites del Estado de Derecho en la persecución de delitos que son cometidos por una asociación”, en Helmut FRISTER y Sara BRINKMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación de la punibilidad desde el punto de vista de las teorías de la pena. Límites constitucionales de derecho material y procesal penal*, traducción de Marcelo Alberto SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 45-45.

valer frente al Estado⁽⁹⁾. Son reglas que buscan asegurar la vigencia operativa del principio de dignidad de la persona, el respeto de la legalidad penal y la tutela judicial efectiva. Constituyen exigencias esenciales de un proceso penal equitativo, justo y constitucionalmente legítimo.

Puede afirmarse que el nivel de reconocimiento efectivo de las garantías constitucionales determina el estándar de legitimidad material de un Estado. Para alcanzar ese nivel de legitimidad es claro que, no basta con la mera enumeración formal de aquellas en los distintos instrumentos legales, sino que el verdadero *test* de legitimidad constitucional del proceso penal vendrá dado por su vigencia operativa en el plano empírico del proceso. De allí, la importancia institucional de los tribunales de justicia penal como garantes últimos de su implementación práctica⁽¹⁰⁾. En efecto, en el modelo conceptual de la democracia, la libertad del individuo es originaria y no concedida por el poder del Estado, que por el contrario ha sido a su vez establecido por el pueblo y se encuentra limitado a la función de asegurar la libertad, la paz y el bienestar⁽¹¹⁾.

En esta relación binaria entre ciudadano y Estado, el respeto de las garantías judiciales de los investigados por parte de las autoridades públicas se enmarcaría –dentro de una concepción que pretende una permanente vinculación entre el proceso penal y la dogmática penal–, en un ámbito de riesgo permitido. Es decir, el sistema de garantías constitucionales en el proceso penal forma una suerte de barrera de contención de riesgos, la cual no puede verse superada por el Estado en su afán de establecer la legalidad. Avasallada una garantía judicial por parte del Estado, ingresamos en el campo de un riesgo social no permitido que permite ser corregido por medio del sistema de nulidades procesales⁽¹²⁾. Como emblema de esto último, puede mencionarse la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente y su extensión conocida como la teoría del fruto del árbol envenenado⁽¹³⁾.

Ahora bien, como quedará evidenciado a continuación, con la irrupción de la empresa como nuevo sujeto supra-individual con deberes de prevención, detección, investigación y sanción de determinados delitos, el esquema tradicional binario de garantías judiciales (ciudadano - Estado) ha quedado superado, siendo la empresa un nuevo interviniente en dicha relación, ahora tripartita, entre ciudadano - empresa - Estado. En el orden práctico, esto implica que el ciudadano también estará en condiciones de hacer valer frente a la empresa las mismas garantías constitucionales y con idéntico alcance que tradicionalmente le son reconocidas frente a las autoridades públicas en el marco de una investigación judicial.

III. Las investigaciones internas en el ámbito de la Ley 27.401 como deber de la empresa de investigar determinados delitos

Las investigaciones internas aparecen mencionadas en la Ley 27.401 en tres oportunidades con distintos alcances y finalidades.

La primera mención es entre las pautas legales de mensuración judicial de la pena a imponer a la entidad por

medio de la cual se cometió el delito en su beneficio. El artículo 8 establece que:

“(…) para graduar las penas previstas en el artículo 7° de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; (...); la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; (...); la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna (...)”.

En segundo término, aparecen expresamente mencionados en el marco de las eximentes de responsabilidad penal corporativa. El inciso a) del artículo 9 establece que será:

“exenta de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias”: (...) a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (...)”;

En tercer lugar, al referirse a los distintos aspectos a cubrir por los programas de cumplimiento o integridad mencionados en el artículo 23, se menciona expresamente:

“(…) V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta (...)”;

En el ámbito de la auditoría interna corporativa, se ha mencionado que las investigaciones internas buscan determinar hechos relevantes asociados a las conductas impropias de los integrantes de una empresa, tales como supuestos de fraude y corrupción; a la par de reconocerse que aquellas, sumadas a la consecuente denuncia espontánea ante las autoridades, constituye una de las llaves esenciales para acceder al beneficio de la eximición de las sanciones que impone el régimen penal empresarial⁽¹⁴⁾.

Es evidente que no existen reglas únicas ni generales de implementación de estas investigaciones internas y que en cada caso dependerán del tamaño de la corporación que la lleve adelante y de la complejidad de la maniobra objeto de auditoría. A modo de ejemplo, no es lo mismo una investigación por un fraude con proveedores en el ámbito de una pequeña empresa por parte del jefe de abastecimiento en provecho propio y sin beneficio económico alguno para la entidad, que una maniobra de defraudación tributaria con soborno de funcionarios del Estado, en el marco de una licitación pública llevada adelante por la alta gerencia de una filial, cuya casa matriz se encuentra en otro país y es regulada, también, por legislación extranjera.

El punto central de definición, entiendo, pasa por determinar si, en el marco de nuestra legislación positiva vigente, nos encontramos frente a un derecho de investigación por parte de la empresa sobre la actividad de sus subordinados y trabajadores o si –con una mirada más amplia e integral–, la cuestión excede el marco de una mera potestad susceptible de ejercerse de modo facultativo. De ser esta última posibilidad la correcta, podríamos afirmar que estamos en presencia de un deber jurídico de investigación por parte de sujetos privados con relación a determinados delitos en el marco de actividades específicamente establecidas por el legislador.

Si esta afirmación preliminar fuese acertada, el sistema tradicional de garantías judiciales que ha sido diseñado en la dinámica binaria ciudadano - Estado, debería incorporar una nueva perspectiva: ciudadano - empresa. Así, la tradicional definición de garantías judiciales, como el conjunto de derechos con los que cuenta el ciudadano para hacer valer frente al Estado, debería redefinir su tradicional alcance para incorporar a la empresa como nuevo sujeto supra-individual frente al cual hacer valer aquellas garantías constitucionales propias del proceso penal.

En el campo de la legislación penal empresaria argentina parece ser que estamos en presencia de un deber de la empresa en lo relativo a la detección, investigación y sanción de los delitos cometidos por sus funcionarios y empleados relacionados con injustos de corrupción pública⁽¹⁵⁾. Me explico. Si el sistema de eximentes de respon-

(9) Cuando me refiero a los derechos constitucionales de los individuos que se hacen valer frente al Estado estoy haciendo referencia a la concepción tradicional de garantía judicial con el alcance que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente “SIRI” (Fallos 239:459). La noción de derecho constitucional parece referirse –tradicionalmente– a aquellos que se hacen valer frente a particulares (cfr. CSJN, Fallos 241:291, “KOT”). Sobre la superación de esta diferenciación binaria trata una de las conclusiones principales de este trabajo.

(10) La CSJN ha señalado que el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales hacen a la efectiva vigencia del Estado de Derecho que impone a los jueces el deber de asegurarlas (cfr. CSJN, Fallos 239:459, “SIRI”).

(11) Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONILLO y Javier DE VICENTE REMESAL, I, Civitas, Madrid, 1997, 567.

(12) Así como la noción de riesgo significa probabilidad de lesión (cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona 2022, 15), la violación de garantías judiciales por parte del Estado implica el ingreso al campo de un riesgo no tolerado por el orden constitucional con las consecuencias de anulación de tales injerencias indebidas y el resultado obtenido mediante aquellas.

(13) Para mayores detalles, resulta imprescindible consultar la obra de Alejandro D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 305 y ss. También resulta ineludible la consulta de los precedentes “FIORENTINO” (CSJN, Fallos, 306:1752) y “RAYFORD” (CSJN, Fallos, 308:733).

(14) Cfr. Raúl R. SACCANI, “Investigaciones internas: una guía práctica”, en Nicolás DURRIEU y Raúl R. SACCANI (dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, 313-313.

(15) Sobre la tarea de particulares en la investigación de delitos, resulta visionario el trabajo de Carlos M. GONZÁLEZ GUERRA y Jorge A.

sabilidad penal descansa en el requisito que establece que la empresa haya denunciado de manera espontánea –antes de ser investigada– el delito cometido por sus funcionarios o empleados valiéndose de su estructura empresarial, sumado a que dicha denuncia deber ser el fruto de una investigación interna y que ésta debe respetar los derechos de los trabajadores, puede concluirse que dicha investigación para ser eficiente (esto es, para actuar como eximente de responsabilidad penal de la entidad) debe respetar en su totalidad, contenido y alcance, las garantías judiciales diagramadas para el proceso penal individual.

De hecho, no parece irracional sostener que aquella investigación interna que no respete los derechos de los trabajadores en cuanto se trata de sujetos pasivos de una investigación privada imputable al Estado, impedirá que el resultado de dicha investigación pueda ser invocado por la empresa como eximente de responsabilidad penal y, por ende, será ineficaz para eximirla de responsabilidad penal. Esta interpretación constituye un incentivo axiológico para que la empresa misma se constituya en garante de la legalidad procesal en el marco de sus investigaciones internas cuando son imputables al Estado. En el ámbito concreto de la legislación penal empresaria, la entidad actúa como agente del Estado en una investigación imputable a aquel. Imputable al Estado porque éste será quien, en definitiva, se valdrá del fruto obtenido por la pesquisa privada para aplicar el Derecho penal sustantivo luego del proceso judicial que incorporará –como prueba legítima y eficaz–, el resultado de la investigación practicada al interno de la entidad.

Parece racional sostener que, si el Estado delega en los particulares la función pública de investigar determinados delitos, con fundamento en el compromiso de la entidad a comportarse como ciudadanos fieles al Derecho y bregar por el cumplimiento normativo, ello importa que ese traslado de deberes públicos conlleve que el privado que recibe tal mandato estatal, al actuar en la práctica como un agente del Estado en la detección, investigación y sanción de comportamientos ilícitos, deba respetar los estándares normativos de garantías procesales en idénticos términos que aquellos que se le imponen a las autoridades públicas encargadas de la misma tarea. No se trata de cualquier tarea interna de averiguación o auditoria. Por el contrario, se trata de una investigación interna que pretende eximir al ente de responsabilidad y presentar al Estado a los responsables de un injusto vinculado con la corrupción de funcionarios públicos. En el orden pragmático, las investigaciones internas imputables al Estado constituyen la implementación de un buen camino allanado en la identificación del comportamiento delictivo y la individualización de sus intervinientes.

Una visión conservadora del contenido y alcance de las garantías constitucionales, que pretenda limitar su operatividad a supuestos donde se trata exclusiva y excluyentemente de hacer valer determinados derechos frente al Estado, parece verse superada por una realidad que impone su replanteo. Sin pretender la concreción de aspiraciones futuristas, es posible afirmar que, si el creciente desarrollo de la inteligencia artificial opera con mayor rapidez en el campo de las interacciones privadas, la necesidad de asegurar la libertad de la persona frente a estos nuevos avances tecnológicos, necesariamente implica concebir a la empresa no ya solo como un nuevo sujeto de Derecho penal y procesal penal, sino como un ente supraindividual ante el cual hacer valer las garantías constitucionales de la misma manera que operan frente al Estado.

Entiendo como limitado y reduccionista el estándar diferenciado que postula que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica que las limitaciones y las garantías se activen de la misma manera cuando el conflicto surge entre particulares o con el Estado. Esta concepción obedece al clásico paradigma que entiende que la funcionalidad de los derechos fundamentales adquiere una especial dimensión cuando de lo que se trata es, precisamente, de limitar el poder del Estado frente al ciudadano. Esta visión restringe el alcance práctico y operativo del sistema de protección de los derechos fundamentales a un marco de vinculaciones del Estado y los ciudadanos.

Esta visión ciudadano - Estado, propia de un modelo binario de la realidad, hoy requiere incorporar a la empre-

sa, como nuevo sujeto supraindividual cuyo marco de acción puede, al igual que el Estado, lesionar garantías fundamentales de los ciudadanos. Esto se ve claramente en el ámbito de la legislación penal empresaria con los alcances que he pretendido esquematizar precedentemente⁽¹⁶⁾.

Este modo de concebir la dinámica de garantías procesales de manera binaria (Estado - ciudadano) deviene nociva para la tutela de la dignidad de la persona en el ámbito de las investigaciones empresariales internas imputables al Estado. Negar la operatividad práctica de la exclusión de la prueba obtenida en violación a las reglas procesales que regulan el proceso penal, cuando quien las ha lesionado no es ya el Estado, sino sujetos privados organizados de modo corporativo, resulta arbitrario e irracional. Esta manera de concebir el contenido y alcance de las investigaciones internas configura un supuesto de fraude de etiquetas –un auto engaño– que conlleva una interpretación que nos coloca frente a un supuesto equiparable a un abuso del Derecho en favor del Estado por fraude de ley.

Con otras palabras, se flexibiliza la interpretación de las garantías judiciales en el proceso penal cuando estas se ven vulneradas en la investigación empresarial interna imputable al Estado. Es decir, se legitima una segunda velocidad –en este caso procesal– del sistema penal. La flexibilización de las garantías judiciales luego no obtiene su correlato de tratamiento cuando se ingresa su resultado al ámbito del proceso penal formal posterior. Allí, la prueba obtenida de modo diferenciado al interno de la empresa, legitimará una sanción penal de primera velocidad para el empleado o funcionarios empresarial implicado en el delito de corrupción pública.

En una visión más integral, el Tribunal Constitucional Español –de manera indirecta– confirmó la operatividad de la regla de exclusión en supuestos en los que los agentes infractores se trataban de particulares, pero siempre que la finalidad fuera la obtención ilícita de evidencias o de fuentes probatorias⁽¹⁷⁾. Esto es aquello que sucede en el marco de investigaciones internas al amparo de la legislación penal empresaria argentina. No se trata de investigaciones neutras –en términos penales– para los investigados. Por el contrario, constituyen la prueba esencial de cargo para fundamentar la imputación de los implicados en una instancia judicial posterior, con lo cual, privarlas de la exigencia de respeto de garantías judiciales es un fraude de etiquetas en la interpretación judicial, que deslegitima la racionalidad de la decisión posterior que las valide.

En el plano empírico, la violación de garantías constituciones no suele ser un fin en sí mismo, sino que importa un medio para una posterior pretensión estatal –por cierto, ilegítima– de validación del resultado obtenido con el procedimiento llevado adelante en violación a las reglas legales de obtención probatoria. La prueba nula busca validarse en el marco del proceso penal con fines incriminatorios. Por ello, se ha sostenido que la regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio⁽¹⁸⁾.

Es más, en el marco de la legislación penal empresarial argentina, la esencia de las investigaciones internas es la de servir –en términos de utilidad práctica y normativa–, a la configuración de la eximente de pena establecida en el artículo 9 de la Ley 27.401, cuando la denuncia espontánea por parte de la asociación para invocar aquel beneficio haya sido “(...) consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (...)”.

En suma, la investigación interna en este ámbito no constituye una mera facultad o derecho de la asociación que puede utilizar en su beneficio. En cambio, se trata de una facultad y de un deber, en la medida en que es el propio Estado quien la fomenta, al punto de imposibilitar aplicar la eximente de pena, si no ha sido la investigación

(16) Para mayores detalles con relación a los motivos de política criminal que legitiman la responsabilidad penal de las empresas en el contexto de entenderlas como una institución esencial para el desarrollo de la comunidad, véase Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Bdef, Buenos Aires, 2015, 83 y siguientes.

(17) SSTC 29/84, 56/2003, 97/2019.

(18) Cfr. Tribunal Supremo Español, Sala en lo Penal, Sentencia Nro. 89/2023 del 10-II-2023. “PESCANOVA”.

VALERGA ARÁOZ (h), “Sujetos obligados a informar. Cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero”, *El Derecho Penal*, Revista N° 12, El Derecho, Buenos Aires, 2011, 5 - 11.

interna aquella que permitió poner en conocimiento de la Justicia la comisión de algunos de los delitos tipificados en la normativa penal empresaria.

A partir de este contexto normativo y fruto de una lectura integral del sistema penal en estudio, entiendo que se encuentra la mejor manera de analizar y sopesar los casos de tensión que se susciten entre el interés de la empresa de llevar adelante la investigación interna, por la comisión de una práctica ilegal realizada por medio de aquella y en su beneficio, y la expectativa de legalidad que pueda esgrimir en su beneficio el empleado o directivo que llevó adelante tal actividad ilícita. Dicho de manera más clara, la investigación interna en el marco de la ley 27.401 evidencia que el procedimiento contribuiría a blindar de responsabilidad penal corporativa a la empresa.

Señalado lo anterior, pasaré ahora a esquematizar el marco de discusión relativo al modo de identificar y categorizar una investigación interna empresarial como imputable al Estado.

IV. Investigaciones empresariales imputables al Estado

Un interesante estándar para determinar si las garantías constitucionales que rigen el proceso penal en favor del imputado deben ser trasladadas al ámbito de las investigaciones empresariales internas viene dado por establecer si aquellas diligencias de investigación son imputables al Estado o si, por el contrario, se trata de una mera auditoría al interno de la empresa.

La definición sobre si una investigación empresarial es o no imputable al Estado no se encuentra del todo clara y se trata de una problemática ciertamente dinámica y evolutiva. El recurso a la casuística en este tipo de debates –si bien no es lo ideal en otros terrenos de la discusión jurídica– aquí aparece justificada como una primera aproximación a un tema en permanente y constante desarrollo y puede constituir un banco de prueba útil para una posterior elaboración de criterios más generales.

Una primera consideración al respecto viene dada por la determinación de la existencia o no de una investigación judicial en curso, ya sea de modo anterior o coetáneo al inicio de la investigación interna. Es decir, debe establecerse si el Estado, por medio de sus agencias públicas específicas, ya ha tomado conocimiento de una imputación o ha comenzado una investigación al respecto. Aquí ya se configura un primer debate sobre la posibilidad o no de que la empresa –a la par de la investigación judicial en curso– se encuentre legitimada para llevar adelante la suya y si, en ese contexto, las tareas de investigación deben identificarse con aquellas propias del sistema procesal penal y, en consecuencia, deben asegurar el cumplimiento de las garantías procesales con las que cuenta el imputado en aquel contexto.

En nuestro medio, la cuestión generó un interesante debate en un caso donde se investigaba a una empresa por el supuesto delito de evasión tributaria y pago de sobornos a funcionarios públicos. El auditor de la empresa había declarado que, en el marco de una auditoría interna celebrada luego de conocido el inicio de una investigación judicial contra la entidad, se había obtenido la grabación de una entrevista con uno de los funcionarios de la empresa supuestamente implicados en la maniobra delictiva. Enterado de ello, el juez ordenó el secuestro de los soportes informáticos referidos tras disponer el allanamiento de la corporación. El resultado de dicha conversación tuvo relevancia especial en el esclarecimiento de los hechos y en la individualización de los sujetos vinculados con la supuesta maniobra ilegal.

Planteada la nulidad del registro privado de aquella conversación, una primera instancia de apelación rechazó la validez de aquella. La cuestión a resolver pasaba principalmente por determinar si una vez que un conflicto ha llegado a la instancia jurisdiccional y una vez que ésta ha iniciado una investigación, es o no tolerable que se generen cauces paralelos extrajudiciales que pueden ser utilizados como atajos o pretextos para reunir prueba por otras vías que, de haber sido sometidas a los filtros a los que debe enfrentarse la actividad jurisdiccional –entendida en sentido amplio–, hubiese sido sin más descartada por atentar contra principios y garantías constitucionales⁽¹⁹⁾.

Allí se estableció que la existencia de una causa judicial en curso “censura la utilización de vías paralelas

para obtener prueba al margen de las garantías de las que goza toda persona imputada dentro de un proceso penal. Una vez que determinado conflicto penal es sometido a la jurisdicción, la finalidad última de averiguación de la verdad no puede alcanzarse sino por las vías acotadas que reaseguran los derechos individuales frente al poder punitivo del Estado”. Se agregó que “[e]sto supone no sólo límites y prohibiciones dirigidos a los funcionarios estatales en tanto encargados directos de la investigación sino también la imposibilidad de aprovecharse de la actividad privada paralela que no se ajuste a dichas restricciones y que de haber sido realizada por los primeros se reputaría sin más como violatoria de garantías constitucionales”⁽²⁰⁾.

Esta concepción sobre las reglas de obtención de prueba por parte de la empresa con capacidad para generar atribución de responsabilidad penal de las personas sujetas a investigación interna –cuando existe ya una investigación judicial en curso– inhibe todo tipo de diligencia empresarial orientada a aquel fin que colisione con el sistema de tutela de derechos fundamentales que asegura el orden constitucional. Para esta tesis, la existencia de una investigación judicial en curso no permite que la prueba obtenida por la empresa –sin la correspondiente orden judicial– sea incorporada al proceso penal si ello implicó el avance sobre esferas de intimidad y/o privacidad que solo pueden flanquearse en el plano jurisdiccional. Parece claro –aunque no se menciona expresamente– que esta concepción abarca aquello que se ha dado en llamar fraude de ley, en cuanto postula que el Estado no puede valerse de una investigación privada que eluda las garantías judiciales que aquel debe asegurar en una investigación pública.

En el caso aquí comentado, la cuestión mereció otro análisis y encuadre por parte del tribunal superior de revisión. La CFCP consideró que resulta irrelevante para evaluar la validez de la prueba si ella fue obtenida por medio del proceso judicial o uno externo, y si éste último fue contemporáneo al judicial. Las grabaciones efectuadas por particulares, al igual que cualquier otra prueba producida por particulares, no puede considerarse genéricamente ilegítimas o inadmisibles. Lo único trascendente es si ha existido, o no, un vicio, mediante engaño, en la voluntad de la persona que está siendo grabada⁽²¹⁾.

En el marco del ordenamiento jurídico español, se ha sostenido que, al hilo del aprovechamiento probatorio de confesiones extrajudiciales grabadas por uno de los interlocutores, se ha exigido, para que puedan ser valoradas, que resulten espontáneas y producidas en un contexto comunicativo de buena fe. De contrario, cuando dichas confesiones se obtienen mediante un ardid o engaño del interlocutor para obtener evidencias probatorias, se produce un atentado contra el principio de integridad que es el que presta sustento constitucional a la regla de exclusión probatoria como garantía específica del proceso⁽²²⁾.

Surge aquí una primera diferenciación que resulta importante poner de relieve. No es la investigación empresarial paralela a la investigación penal aquello que la torna ilegítima *per se*. Sino que habrá que analizar, caso por caso, si esa investigación interna ha producido alguna lesión a los derechos constitucionales de los investigados, que adelante, deben ser idénticamente asegurados de igual manera que en el proceso penal. Pues, con una investigación judicial en curso, la prueba obtenida por parte de la empresa y aportada a aquella es claramente un supuesto de investigación imputable al Estado.

Con relación a la validez de la grabación, se señaló que la exclusión como prueba de esas conversaciones, sin atender a las singulares características del caso concreto, en el cual un particular pretende corroborar, con los medios que la ciencia y la técnica colocan a su alcance, aquello que puso en conocimiento de la autoridad pública, comporta un exceso en la interpretación que se le asigna a las normas constitucionales que reglan la incorporación de la prueba al proceso⁽²³⁾.

A modo de conclusión preliminar sobre este punto, cabría mencionar que la existencia de una investigación judicial en curso no inhibe la producción de prueba por parte de la empresa, en cuyo ámbito o a través de la cual

(20) *Ibidem*.

(21) Cfr. CFCP, Sala IV, 13-IV-2016, “SKANSKA”, voto del juez Mariano BORINSKY.

(22) Cfr. STS español 45/2014 del 7-II-2014; 517/2016 del 14-VI-2016 y 167/2020 del 19-V-2020.

(23) Cfr. CFCP, Sala IV, 13-IV-2016, “SKANSKA”, voto del juez Mariano BORINSKY.

(19) Cfr. CFed.A.Crim.Correcc., Sala I, 19-V-2008, “SKANSKA”.

el delito fue cometido. El *test* de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad sobre el análisis de aquella para definir si será incorporada al proceso penal exigirá un estudio prudente y, en mi opinión, de manera idéntica al control que debe realizarse sobre una investigación judicializada. Ello, pues el Estado no puede valerse de un fruto (prueba) obtenido de modo ilegal por parte de un privado (empresa). En definitiva, sería como delegar “el trabajo sucio” en un tercero y beneficiarse de su resultado sin “ensuciarse las manos”.

En otro orden de ideas, también puede darse que en el marco de un proceso judicial en curso sea el propio juez o fiscal quien solicite la realización de una determinada pesquisa interna al requerir la colaboración de la empresa a tales efectos. Claramente, también estamos aquí en presencia de una investigación interna imputable al Estado y por ende la investigación privada debe respetar la totalidad de las garantías judiciales propias del debido proceso penal. En este grupo de casos, el privado actúa como una suerte de agente estatal y, toda vez que el producto de la investigación interna podría tener incidencia en la situación penal de los sujetos investigados, el sistema de garantía constitucionales los protege.

En el caso de diligencias internas que fueran ordenadas en proceso judiciales con veedores designados por el juez, tales como intervención de sociedades comerciales en supuestos de concurso preventivos de empresas o síndicos que intervienen por orden judicial en el contralor de una corporación, también parece importante tratar este grupo de posibilidades como investigaciones internas imputables al Estado y, por ende, son exigibles el aseguramiento total e integral del conjunto de garantías judiciales de los implicados.

Como se ha intentado demostrar, la determinación de si una investigación interna resulta imputable al Estado (o no) debe obedecer a criterios normativos y axiológicos que resulten previsibles para todos los intervinientes –Estado, empresa e investigados–, pero principalmente para estos últimos. Así, pareciera ser que, incluso, la existencia o no de una investigación judicial en curso no sería el indicador determinante para caracterizar como imputable al Estado aquella investigación privada.

Hasta donde alcanzo a comprender, la identificación como investigación empresarial interna imputable al Estado debe ser independiente de tal circunstancia. Este alcance tiene su fundamento en el marco sistemático de la propia legislación penal empresarial cuando, al momento de regular la llamada autodenuncia como el resultado de una investigación interna, exige que aquella sea espontánea. Una interpretación sistemática del término espontáneo, entiende que aquel estándar se configura con anterioridad de la existencia de una investigación penal o administrativa en curso, e incluso antes de intimación alguna cursada a la empresa, inspección realizada o allanamiento concretado⁽²⁴⁾.

Si la investigación interna que resulte apta para eximir de responsabilidad penal y administrativa a la empresa de-

be ser espontánea con el alcance asignado anteriormente, es claro que no existe una investigación penal en curso, pero es evidente que el resultado de aquella investigación interna será utilizado, con posterioridad, por la Justicia Penal en la investigación que deberá abrirse con motivo de dicha denuncia espontánea. Es decir, toda vez que el Estado se valdrá de los resultados allá obtenidos para formular imputaciones concretas, tanto a funcionarios públicos como a los privados involucrados en la maniobra, estamos en presencia de una investigación empresarial imputable al Estado y, por ende, ésta debe respetar las garantías procesales de los investigados de manera análoga que en el proceso penal.

V. Conclusiones

El sistema tradicional de concepción binaria de las garantías constitucionales como derechos individuales para hacer valer por parte del ciudadano frente el Estado se presenta como un esquema limitado en el marco del actual desarrollo del Derecho penal empresarial.

La aparición de la empresa como nuevo sujeto de Derecho penal y como posible cogeneradora de un juicio de imputación de responsabilidad penal a la par del Estado, obliga a incorporar una visión superadora de aquel esquema binario para dar lugar a una tríada entre ciudadano - empresa - Estado. En efecto, la empresa es un nuevo sujeto supraindividual con capacidad real y operativa de generar una afectación a las garantías judiciales del investigado propias del proceso judicial penal.

Las investigaciones internas en el ámbito de la Ley 27.401 constituyen investigaciones imputables al Estado, pues el resultado que de ellas se desprenda tendrá plena incidencia en el proceso judicial penal –posterior o simultáneo–, tanto con relación a la determinación del contenido y alcance del hecho delictivo, como a la individualización de sus intervinientes. Ello implica que en su implementación les son exigibles –con idéntico contenido y alcance– el respeto de las mismas garantías judiciales con las que cuentan los investigados en el proceso judicial penal.

En este contexto, es posible afirmar la existencia de un deber de investigar por parte de la empresa la comisión de los distintos delitos a los que hace expresa referencia el régimen penal empresario argentino que son cometidos por medio de ella y en su beneficio.

Con este alcance y en el marco de esta interpretación sistemática que se propone del régimen penal especial, cabe concluir que solamente las investigaciones internas que respeten los derechos de los trabajadores, en sintonía con los estándares exigidos para el proceso penal, tendrán legitimidad para operar como eficientes vías de eximición de responsabilidad penal corporativa.

VOCES: EMPRESAS - ENTIDADES FINANCIERAS - DEBIDO PROCESO LEGAL - DEFENSA EN JUICIO - PROCESO PENAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y FINANCIERO - SOCIEDADES COMERCIALES - PERSONAS JURÍDICAS - DERECHO PENAL - PENA - DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DERECHO PENAL ECONÓMICO - ECONOMÍA - GRUPOS ECONÓMICOS - SOCIEDAD ANÓNIMA - DELITO - LAVADO DE DINERO - SOCIEDADES DEL ESTADO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(24) Sobre lo alcance del concepto espontáneo en el Régimen Penal Tributario puede verse Deborah LICHTMANN, “La extinción de la acción penal por pago en los delitos tributarios ¿Política criminal o económica?”, en RAMIRO M. RUBINSKA y DANIEL SCHURJIN ALMENAR (coords.), *Derecho Penal económico*, II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, 2085-2104.