

Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas

[Criminal responsibility of legal persons:
The internal investigations]



MERCEDES DE PRADA RODRÍGUEZ

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal
Centro Universitario Villanueva y Escuela de Práctica Jurídica (UCM)

JESÚS SANTOS ALONSO

Ex Fiscal de la Audiencia Nacional
Director del Departamento de Penal de Baker & McKenzie
Prof. de Derecho Penal del CUV (UCM)

Fecha de recepción: 1 de junio de 2014.

Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2014.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ■ II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. ■ III. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EN ESPAÑA. ■ 1. Naturaleza pública o privada de las investigaciones internas. ■ 2. Procedencia de las investigaciones internas. ■ 3. En el seno de una investigación interna. ■ IV. ADMISIBILIDAD E IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS INDIVIDUALES EN EL ÁMBITO DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: CONTROL DEL USO DEL ORDENADOR INCLUIDO EL CORREO ELECTRÓNICO. ■ V. CONCLUSIONES.

Resumen

El sistema actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige a las empresas españolas implantar un sistema de control y vigilancia interna de la actividad de empleados en el seno de los denominados programas o manuales de cumplimiento, *compliance program* o *compliance guide*, con el objetivo de detectar y prevenir la comisión de delitos realizados por los trabajadores en el ámbito de su actividad y en su provecho que podrían ser imputados a la persona jurídica. El presente artículo se centra en las investigaciones internas partiendo de la importancia de la prevención, en cuanto causa de exención de responsabilidad. Los autores destacan, conforme a la legislación vigente y la jurisprudencia, la relevancia y el modo en que se desarrollan estas investigaciones internas.

Palabras clave

Persona jurídica. Responsabilidad penal. Programas de cumplimiento. Investigaciones internas. Informes Forensic. Derechos fundamentales.

Abstract

The current system of criminal responsibility of legal persons requires spanish entities to establish a system of internal control and surveillance of the employees activities within the so called *compliance programmes* or *compliance guide*. In this way, the aim of these programmes is to detect and prevent the comission of crimes by employees in the scope of their activities and in their own profit, crimes that could be charged to the legal person. The provisions contained in this article are focused on the internal investigations starting from the importance of prevention, as a cause of disclaim of responsibility. The authors point out, under the existing legislation and jurisprudence, the relevance and the ways of development of these internal investigations.

Keywords

Internal investigations. Compliance program. Compliance guide. Criminal responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige a las empresas españolas implantar un sistema de control y vigilancia interna de la actividad de empleados en el seno de los denominados programas o manuales de cumplimiento, *compliance program* o *compliance guide*, con el objetivo de detectar y

prevenir la comisión de delitos realizados por los trabajadores en el ámbito de su actividad y en su provecho que podrían ser imputados a la persona jurídica¹. Son programas que constan de diferentes instrumentos como un código ético, protocolos de investigaciones internas, canal de denuncias, controles generales y específicos, toma de decisiones, etc. y un catálogo de medidas dirigidas a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de la organización.

La existencia y aplicación práctica y efectiva de un programa de cumplimiento en una empresa va a determinar importantes consecuencias ante una eventual comisión de un delito y la apertura de un proceso penal; la implantación de un programa de cumplimiento se constituye en un potente indicio de que la empresa ha cumplido con su deber de control y de que, por ello, el eventual delito cometido en su nombre y beneficio no es atribuible a un «defecto de organización» y debe ser, por ello, atenuada su responsabilidad penal² o eximida totalmente, tal y como se prevé en la nueva reforma del CP³.

Dentro de esos programas de cumplimiento, las investigaciones internas son una pieza esencial que nacen para ayudar a esclarecer actividades empresariales sospechosas así como para conseguir reducir las sanciones impuestas mediante la colaboración de la organización con los órganos jurisdiccionales; además de que sean utilizadas para localizar y corregir errores en los sistemas preventivos establecidos por la empresa o para sancionar las eventuales infracciones de los códigos de conducta adoptados.

El origen de las investigaciones internas en las empresas se encuentra en EE.UU., alrededor de los años 60, cuando la *Securities and Exchange Commission* (SEC), la agencia estatal reguladora de los mercados financieros y de valores de los EE.UU., descubre un sinfín de prácticas comerciales irregulares de numerosas empresas. Pero, dado lo limitado de sus recursos humanos y económicos para realizar programas de investigación se acudió al compromiso de rebaja del importe o de la entidad de la sanción cuando la empresa colaborase con sus propios recursos al esclarecimiento de los hechos y declarase voluntariamente –programa de declaraciones voluntarias de la SEC–; mecanismo que, a partir de entonces, se denominó: «investigación interna» o *internal investigations*⁴. Con carácter general, estas medidas son una reacción a los espectaculares escándalos americanos y europeos en el campo de la criminalidad económica que puede llevar a la ruina de empresas grandes y causar graves perjuicios para toda la

1. Vid., ORTIZ DE URBINA GIMENO, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en: GOÑI SEIN, J. L. (director), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, p. 123.

2. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Persona jurídica y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 22 y ss., indica que el «defecto de organización» es «la conducta propia de la persona jurídica que consiste en la omisión de las actuaciones necesarias para evitar la comisión de delitos dentro de la organización empresarial».

3. La reforma prevista de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en lo que respecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica, supone un gran avance por la clarificación de ciertos conceptos que en el antiguo artículo 31 bis no quedaron debidamente determinados, con los problemas interpretativos que ello generó. Así, podemos diferenciar dos reformas que incluye el Proyecto (que a su vez han sufrido algunas pequeñas modificaciones respecto del Anteproyecto que fue enviado el pasado abril del 2013 al Consejo de Estado) en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica: (i) la mejora del régimen general de la responsabilidad penal de la persona jurídica y (ii) la creación del artículo 268 seis del Código Penal que tipifica la falta de adopción de los instrumentos de prevención por parte de los administradores de la persona jurídica.

4. ESTRADA I CUADRES A., Y LLOBET ANGLI, M., «Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones internas», p. 197, señalan como el caso Watergate «abrió la caja de pandora en materias de sobornos en el mundo económico-empresarial de los EUA, tanto dentro como fuera de sus fronteras».

sociedad; podemos recordar los desastres empresariales, por ejemplo, de *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex*, *Merck & Company*, *Rggs Bank*, *Siemens AG*, etc.⁵.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La regulación por parte del legislador español de la responsabilidad penal corporativa, –introducida tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio⁶– tiene como objetivo establecer unos mecanismos que incentiven a que sean las propias empresas las que asuman un papel activo y definitivo en la prevención de los delitos que se cometen por sus empleados. Esos mecanismos deben servir para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la posibilidad de la realización de hechos criminales dentro de la organización. Por ello, el programa de cumplimiento y sus mecanismos de investigación interna deben dirigirse a la prevención y detección de posibles conductas delictivas⁷. Consiguiendo de esta forma, reducir y facilitar notablemente los elevados costes que significan adquirir esta información.

Así, el artículo 31 bis.1 CP, al regular la responsabilidad de la persona jurídica por conductas cometidas por los empleados, señala la necesidad de realizar «el debido control» por parte de la empresa atendidas las concretas circunstancias del caso. Las empresas tienen el deber jurídico de organizar e implementar esos programas eficaces para controlar y evitar que directivos y trabajadores puedan cometer delitos en beneficio de la empresa en el ejercicio de sus actividades empresariales. Señala el precepto que: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos *el debido control* atendidas las concretas circunstancias del caso»⁸.

5. Cfr. ULRICH SIEBER., «Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», *Programas de «compliance» en el derecho penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 2, afirma que los términos: «Compliance Programs», «Risk Management», «Value Management» y «Corporate Governance», así como «Business ethics», «Integrity Codes», «Codes of Conduct» y «Corporate Social Responsibility» describen nuevos conceptos de la dirección empresarial.

6. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societates delinquere potest*)», en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (KUHLEN, MONTIEL, ORTIZ DE URBINA, eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 277, indica que la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España es una decisión político– criminal ordinaria y, en ningún caso, una obligación internacional.

7. Cfr. BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *Diario La Ley*, núm. 7938, Sección Tribuna, 5 oct. 2012, Ref. D-347, Editorial LA LEY, p. 1: «Para poder considerarse como tal, debe contener aquellos elementos que permitan identificar una voluntad de cumplimiento del marco legal por parte de la empresa y, en particular, la voluntad de prevenir la comisión de hechos delictivos y dar una respuesta adecuada en caso de no haberse podido evitar la comisión del delito. El programa de cumplimiento debe ser indicativo, *prima facie*, de que la empresa no actúa sin organización, o con una organización manifiestamente defectuosa, incapaz de controlar si sus actuaciones se ajustan al marco legal».

8. La reforma del CP modifica el artículo 31 bis CP para delimitar más nítidamente los supuestos en los que una persona jurídica se entenderá penalmente responsable y aclarar los conceptos que no quedaron debida-

Ese debido control que advierte el legislador, se traduce en la implementación de sistemas, mecanismos o normas de «autorregulación»⁹. A cambio de la libre organización, las empresas tienen responsabilidades respecto de las consecuencias de esa organización para que su actuación sea conforme a la legalidad contribuyendo a la prevención y detección del delito. En consecuencia, las empresas se convierten y transforman en auténticos «garantes de la legalidad».

Los programas de cumplimiento deben desarrollar la cooperación, la investigación y crear canales eficaces siempre en el marco del respeto a las garantías básicas y derechos fundamentales de un Estado de Derecho¹⁰. Y, por tanto, estos mecanismos organizacionales internos han de existir con un auténtico y real compromiso con la legalidad¹¹.

Y, por otra parte, en el apartado 4 del artículo 31 bis CP, el incentivo se configura como atenuante, al adoptar una serie de «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse». Se premia, de este modo, al ciudadano colaborativo que ha cumplido con las medidas eficaces de prevención y detección: «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades¹²:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

mente definidos en la regulación anterior, como son el significado de «*debido control*» y su condición de eximente. La propia Exposición de Motivos del Proyecto ha calificado la reforma como «*una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica*». Se dota de mayor seguridad jurídica a este concepto jurídico indeterminado al delimitar el concepto de «debido control» en dos supuestos: 1) Que el delito se haya cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención; 2) Que se haya incumplido por los directivos los deberes de supervisión, vigilancia y control atendidas las circunstancias concretas del caso.

9. GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código Penal*, 2012, p. 70, justifica como el nuevo modelo de imputación es un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica en el que su injusto consiste en un defecto de organización que supera el riesgo permitido. También, *Vid.*, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Editorial Aranzadi, SA, marzo de 2012.

10. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», *op. cit.*, p. 126.

11. La razón de ser de esta opción político-criminal, siguiendo a ALCÁCER GUIRAO, R., «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley*, núm. 8053, Sección Doctrina, 2 abr. 2013, año XXXIV, Ref. D-118, Editorial LA LEY, p. 2. «es obvia: resulta más eficiente que sea la propia empresa la que efectúe labores de vigilancia, prevención y detección de los delitos cometidos en su seno a que lo haga directamente la Administración de justicia, por cuanto no solo se halla más próxima a los hechos que se cometen en su entorno de actividad, sino que además tales labores de control resultan ya consustanciales a la propia actividad empresarial, en aras a asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales».

12. *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Persona jurídica y proceso penal*, *op. cit.*, pp. 27 y ss., identifica brillantemente las consecuencias jurídicas de este precepto y sus repercusiones procesales.

- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) 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»¹³.

La opción legislativa ha sido premiar e incentivar la colaboración de la empresa mediante la adopción de programas de *compliance*, rebajando las eventuales penas al considerar estas conductas como circunstancias atenuantes. Así, la efectividad de las denominadas «zanahorias procesales» se traduce en evitar procedimientos largos y evidentes costes reputacionales¹⁴. Los modelos de autorregulación empresarial además de evitar conductas ilícitas, van a conseguir no sólo la concurrencia de las atenuantes previstas sino que permitirá excluir la apreciación de la parte subjetiva del tipo, al no concurrir ninguna infracción del deber de cuidado empresarial. Se elimina, de esta forma, la grave repercusión reputacional para las empresas, incentivando el buen gobierno corporativo¹⁵. Como es lógico, el compromiso de todos los integrantes de la empresa con el programa de cumplimiento es fundamental para su eficaz funcionamiento¹⁶.

Pero, hay que advertir que estas medidas no se pueden constituir como un mero escaparate de transparencia de la organización que sirva para especular con la posibilidad de rebajar las sanciones y no como un verdadero sistema preventivo. Dada la complejidad de las investigaciones internas¹⁷, se quiere favorecer la participación activa de la empresa mediante el establecimiento, antes del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo

13. Debemos destacar como en la reforma prevista del artículo 31 bis. 2 CP se incluye expresamente como exigente la adopción de un modelo de organización y gestión que implemente las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de los delitos, es decir, un programa de *corporate compliance*. Así, dispone el artículo que la persona jurídica debe ser capaz de probar que: «a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y; d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)». En cualquier caso, si no se pueden probar todos los extremos anteriores, la concurrencia de algunos de ellos será valorada como circunstancia a los efectos de atenuación de la pena.

14. GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* (con BANACLOCHE PALAO Y ZARZALEJOS), «Si como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, la persona jurídica detecta la comisión del mismo, lo confiesa a las autoridades, lleva a cabo una investigación interna, repara el daño causado, entrega a las autoridades el resultado de su investigación e institucionaliza (o refuerza) su sistema de *compliance* –sc. medidas eficaces para la prevención y detección de delitos– la pena a imponer resulta sustancialmente reducida –incluso debería ser prácticamente anulada en caso de concurrir las cuatro atenuantes–».

15. Cfr. MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, J. L., «El conflicto de intereses: implicaciones en el ámbito de los modelos de prevención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 8312, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2014, Editorial LA LEY, p. 7.

16. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, pp. 257 y ss.

17. Vid., GÓMEZ COLOMER, J. L., «El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa». *Derecho y Proceso Penal*, núm. 27/2012 1, Aranzadi, 2012, p. 17.

la cobertura de la persona jurídica [artículo 31 bis. 4.d) CP]. Y, en este sentido, para que un sistema sea efectivo necesita de sanciones disciplinarias graduadas en función de la infracción cometida.

Como es de imaginar, las medidas que empresarialmente se podrán implementar para realizar una labor de investigación son muy diferentes y dependerán de cada circunstancia; pudiendo adquirir un carácter casi policial que el legislador penal traslada a la persona jurídica y que puede considerarse como una especie de privatización del control de la criminalidad y de la prevención del delito en la empresa¹⁸.

Hasta ahora, ese control empresarial interno en la práctica no es, en todo caso, suficiente; es necesario que exista un impulso coactivo por parte del Estado que permita su implementación de modo que aunar control estatal y control interno se convierte en una cuestión absolutamente necesaria.

III. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EN ESPAÑA

La nueva concepción regulatoria y estatutaria de las empresas está provocando un incremento de los controles empresariales preventivos, tanto internos como externos, con el fin de evitar irregularidades y mejorar la supervisión de estas actividades. Esta situación ha conllevado, en muchos casos, la reinención de algunos determinados ámbitos de la empresa como el gobierno corporativo y la auditoría. En estos casos, los mecanismos y sistemas que pueden implementarse deben conseguir esas finalidades de control y prevención, en un ámbito empresarial ético y moral.

A continuación, intentaremos dar respuestas a algunas cuestiones que se plantean en el seno de una investigación interna y que, cada vez, en mayor medida están surgiendo en nuestro país.

1. Naturaleza pública o privada de las investigaciones internas

Las empresas –ficciones instrumentales que operan en el tráfico jurídico¹⁹–, en este nuevo modelo, se convierten en instrumentos privados de investigación al servicio de los poderes públicos lo que conlleva una suerte de problemas de importante trascendencia de carácter tanto procesal, como laboral o penal.

Como regla general, las investigaciones realizadas en el seno de una empresa han de ser eficaces para cumplir sus objetivos, esto es, la prevención y detección de delitos, pero siempre respetando los derechos fundamentales de los trabajadores. La empresa, lógicamente, quiere prevenir que en el seno de su organización se realicen conductas delictivas para evitar la responsabilidad penal de los dirigentes, de la propia persona

18. MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (KUHLEN, MONTIEL, ORTIZ DE URBINA, eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 224.

19. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Persona jurídica y proceso penal*, op. cit. p. 17-18, indica como las personas jurídicas no encajan fácilmente con las categorías dogmáticas que son necesarias para regular el *status* y actividad de las personas físicas.

jurídica y, también, evitar la responsabilidad civil derivada del delito²⁰. Es una realidad que la empresa en el desarrollo de su negocio, conoce mejor que nadie los procesos y posibles medidas de control, y en muchos casos conocerá qué riesgos son los que más le afectan. En consecuencia, la objetividad al elaborar mapas de riesgos penales y la imparcialidad e independencia del órgano de control y vigilancia –*compliance officer*– son dos elementos fundamentales a tener en cuenta en el diseño del programa²¹.

Las empresas adquieren así la carga de autorregularse y de implicarse en la labor de prevenir y perseguir cualquier actividad ilícita que se pueda producir. En algunos casos, la adopción de esas medidas pueden ser completamente inofensivas para los derechos de los trabajadores, sin embargo, en muchos casos, pueden vulnerarse derechos fundamentales del trabajador como la intimidad, el honor o la libertad.

En nuestro ordenamiento rige el principio de libertad de empresa consagrado por el artículo 38 CE pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral y mantiene que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador. Así afirma que «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada»²².

Las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador y, ambos conceptos, facultades y derechos han de conjugarse en equilibrio y modularse bajo la aplicación del principio de proporcionalidad²³. Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés con medidas menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que implementarlas.

Siguiendo nuestra doctrina constitucional²⁴, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el *juicio de proporcionalidad*, es necesario

20. *Id.*, ESTRADA I CUADRES A. Y LLOBET ANGLI, M., «Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones internas», *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ (coordinadora), Atelier, Madrid, p. 203.

21. *Cfr.* MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, J. L., «El conflicto de intereses: implicaciones en el ámbito de los modelos de prevención de la responsabilidad», *op. cit.*, p. 1-2.

22. En la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2., afirma el Tribunal Constitucional que «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos. STC 98/2000, con cita de TC SS 94/1984 de 16 de octubre, 108/1989 de 8 de junio, 171/1989 de 19 de octubre, 123/1992 de 28 de septiembre, 134/1994 de 9 de mayo y 173/1994 de 7 de junio».

23. La STC 292/1993, de 18 de octubre, señala que «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos».

24. El Tribunal Constitucional ha establecido, desde su STC 207/1996, de 16 de diciembre, que cualquier medida que restrinja un derecho fundamental «debe respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Y pueden resumirse en la necesidad de que la medida esté regulada legalmente (principio de legalidad), que responda a una finalidad constitucionalmente legítima y socialmente relevante (principio de justificación teleológi-

constatar si cumple tres requisitos: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto: juicio de idoneidad; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia: juicio de necesidad; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: juicio de proporcionalidad en sentido estricto²⁵.

Por ello, es lógico que, como regla general, estos programas de cumplimiento consistan en una serie de medidas de carácter público o abierto con la excepción lógica de que la publicidad afecte al propósito de la medida. Los trabajadores deben de estar advertidos de las medidas establecidas por el empresario para mostrar su descontento si éstas fueran desproporcionadas al fin de la investigación.

Consecuentemente, las investigaciones de naturaleza privada, confidenciales o encubiertas sólo podrán tener lugar en situaciones excepcionales y siempre que se cumplan dos requisitos: (i) la existencia de un especial interés del empresario que justifique la medida y (ii) la existencia de una evidencia razonable de la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador.

A nuestro juicio, la naturaleza de la investigación tanto si es de naturaleza pública como privada, dependerá finalmente del motivo de la investigación y de las posibles consecuencias de una investigación abierta en términos de éxito.

Por otra parte, el uso de medidas inadecuadas por un empresario o la revelación de acusaciones no probadas pueden atentar contra el derecho a la intimidad del trabajador y pueden ir desde la afección a la libertad hasta el daño a la reputación, afectando al debido equilibrio entre la eficiencia de las medidas de control y los derechos de los empleados.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, establece que se considerarán infracciones muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (artículo 8. 11º). Asimismo, si las medidas de control que violan el derecho a la intimidad del trabajador consisten en la grabación de la imagen o sonido o en la revelación de información privada del mismo, el empresario podría estar cometiendo un delito de descubrimiento y revelación de secretos. En consecuencia, en el caso de actuaciones de investigación del empresario que signifiquen violaciones de los derechos fundamentales deberían declarar las investigaciones nulas y, por tanto, anular las decisiones tomadas por el empresario.

2. Procedencia de las investigaciones internas

El poder de dirección del empresario, indispensable para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el artículo 20 Estatuto de los Tra-

ca), que sea adecuada para el resultado que se pretende (idoneidad), que al mismo tiempo sea la que suponga una menor afectación del derecho (menor onerosidad), y que, atendiendo al caso concreto, se pueda justificar la adopción de la medida y la correlativa lesión del derecho fundamental (proporcionalidad en sentido estricto)».

25. Así lo indica tanto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, en la Sentencia de 6 Jul. 2004, como el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sentencia de 11 Jul. 2008 y, más recientemente, la SAP de Madrid, Sección 29ª, Sentencia de 23 mar. 2012, haciendo referencia a las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo FF.JJ. 6, 7, 8 y 9; FJ 4.e) y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.

bajadores (en adelante ET), atribuye al empleador, entre otras facultades, la de «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales» (artículo 20.3 ET). Esa medidas deberán siempre guardar el debido respeto a la dignidad del trabajador, [ex artículos 4.2.e) y 20.3 ET].

La relación entre trabajador y empresario implica la obligación del empleado de trabajar bajo la supervisión del empleador (o la persona designada por éste), bajo la previsión de un contrato laboral. El empleado está obligado a trabajar colaborando y de forma diligente conforme a lo dispuesto en la ley, los convenios colectivos, las órdenes diarias del empresario y, si es necesario, conforme a lo dispuesto en la costumbre ordinaria. En conjunto, la relación trabajador-empresario tiene que estar guiada por el principio de buena fe. El contrato de trabajo y, en general, la cláusula de buena fe contractual condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores y ampara en determinadas circunstancias el control empresarial²⁶. Tanto la normativa laboral como la de protección de datos española y europea enmarcan la configuración legal del sistema.

En el marco descrito, el Tribunal Constitucional, en STC 186/2000, 10 de abril de 2002, afirma que «el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo». Aunque también reconoce que el derecho a la intimidad no es absoluto, y que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que dicho recorte sea necesario, proporcionado, idóneo y respete el contenido esencial del derecho²⁷. En efecto, las investigaciones internas sólo pueden derivar de una sospecha acerca de un comportamiento inapropiado del trabajador que afecte a su trabajo. En estos casos, el empresario puede adoptar medidas de control y verificar la conformidad con el trabajador. Consecuentemente, estas investigaciones tienen que estar ordenadas al legítimo interés de la empresa y tienen que guardar proporcionalidad entre este fin y el derecho a la intimidad del trabajador.

Por otra parte, los convenios colectivos pueden regular aspectos adicionales teniendo en cuenta cómo tienen que desarrollarse las investigaciones internas. Consideramos de suma importancia revisar si la aplicación del convenio colectivo establece requisitos formales antes de iniciar una investigación interna.

3. En el seno de una investigación interna

a) *¿Es aconsejable implicar a un investigador externo?: los «informes forensic»*

El desarrollo de una investigación interna lógicamente genera una información muy sensible cuyo acceso debe estar vedado a los investigadores públicos. Diseñar un pro-

26. Cfr. SUÁREZ ESPINO, M. L., «La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario», *Diario La Ley*, núm. 7906, Sección Doctrina, 20 jul. 2012, año XXXIII, Ref. D-286, Editorial LA LEY, p. 1.

27. Se afirma que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (Cfr. SSTC 57/1994, de 28 febrero y 143/1994, de 9 mayo).

grama de cumplimiento eficaz va a determinar la necesidad de autoevaluarse, de generar un debate y un diálogo interno, de conocer debilidades y fortalezas, de emprender caminos de mejora y corrección de errores, etc. que siempre tendrán un carácter interno y confidencial²⁸.

Ahora bien, conforme al artículo 20.1 ET, el empresario puede delegar sus facultades de investigación a otras personas. Estas «otras personas» pueden ser bien trabajadores de la empresa o bien terceros ajenos como, detectives privados, abogados externos, peritos autorizados, guardas de seguridad, etc. Con carácter general y dependiendo del contenido de la investigación, puede ser aconsejable involucrar a investigadores externos. A pesar de que pueden hacer incurrir en mayores costes, los investigadores externos tienden a estar más especializados en determinadas áreas que otros trabajadores de la empresa²⁹. Ejemplos paradigmáticos de ello pueden ser los detectives privados, abogados externos y peritos.

A modo ilustrativo, en el caso de una investigación interna realizada en el seno de una empresa dedicada a actividades de ocio, gracias al informe de expertos independientes, solicitado por los representantes de la sociedad mercantil, se pusieron de relieve irregularidades de carácter fraudulento en el proceso de gestión de venta de entradas. La solicitud del informe trajo causa en la observancia y alarma por parte del departamento de auditoría interno del posible quebrantamiento de controles internos respecto a la gestión de venta. Tras la investigación y análisis de la situación por parte de los expertos independientes, se expuso la existencia de un proceso de venta de entradas que se efectuaba al margen de los sistemas informáticos y de control de la sociedad, generándose, por tanto fondos que han sido fraudulentamente e indebidamente apropiados por el personal responsable del departamento de ventas con la ayuda del personal de los controles de acceso. El delito se efectuó a través de una compleja técnica de modificación de los parámetros de configuración relacionados con el código de barras en el disco duro de la taquilla en la cual se canjeaban las entradas fraudulentamente. De esta forma, se conseguía el desplazamiento del código de barras, con el fin de que no fuera leído correctamente por el torno de acceso, salvando esta situación la colaboración del personal de control. Fue una compleja y difícil actuación de los investigadores y peritos que determinó cuál era «modus operandi» de la irregularidades cometidas.

Cada vez y en mayor medida, las organizaciones acuden a expertos independientes para que emitan los denominados «**informes forensic**». En general, los departamentos de Forensic de grandes auditoras ofrecen servicios especializados en prevención, detección e investigación del fraude empresarial y financiero, y en la asistencia como experto independiente en la resolución de litigios o conflictos judiciales o extrajudiciales

28. NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *op. cit.*, p. 12.

29. La jurisprudencia y la legislación de algunos estados norteamericanos han establecido el denominado *self auditing privilege* y el *ombudsman privilege*. Indica NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *op. cit.*, p. 7, que «El primero impide que caigan en manos del fiscal o del juez los documentos generados por el programa de cumplimiento de la empresa con el fin de mejorarlo. El *ombudsman privilege*, por su parte, ha sido construido sobre todo en relación a aquellos casos en los que éste actúa como mediador dentro de la empresa, mas la necesidad de salvaguardar la confidencialidad frente a los investigadores públicos es también necesaria cuando actúa recibiendo denuncias o aconsejando a los empleados con dudas acerca de la legalidad de determinados comportamientos». Por tanto, son derechos distintos al secreto profesional y sólo entran en juego en casos concretos.

de carácter económico-financiero e informático³⁰. En la práctica de los tribunales, estos informes cualificados aportan un alto nivel de credibilidad para los órganos judiciales, por su objetividad, rigor y profesionalidad de las firmas que los realizan. Estos informes, en su caso, son remitidos a la Audiencia Nacional, a los administradores judiciales y a la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal del Cuerpo Nacional de Policía (UDEP).

Con el fin de ilustrar cómo se desarrollan en la práctica estas actuaciones, plantearemos una hipotética situación: a petición de una empresa y con la finalidad de descubrir prácticas irregulares que han desembocado en un presunto fraude, en el seno de una investigación interna, se elabora un informe de investigación o forense, que consiste en un análisis económico-financiero, contable y forense que tiene el objetivo de identificar determinadas operaciones y prácticas contables llevadas a cabo por esa empresa durante los últimos años. La finalidad última era conocer el origen de determinados pasivos financieros no reconocidos ni plasmados en los Estados Financieros del último ejercicio. Esta petición, venía precedida por hechos objetivos reveladores de irregularidades en la empresa, tales como la falta de formulación de cuentas anuales, discrepancias de cifras con respecto a deudas mantenidas con entidades bancarias, etc., que culminaron con la solicitud de concurso voluntario de la empresa, en aras a la preservación de la actividad y su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil.

A raíz de estos hechos y de la elaboración del informe, la auditora determinó, en primer lugar, y sin entrar a calificar jurídicamente los hechos, que observaba importantes irregularidades desde el punto de vista financiero y contable respecto a la obtención de liquidez y financiación a corto plazo. Además, tras el estudio de estas operaciones resultó probado cómo para poder descontar efectos, la empresa en cuestión, se sirvió de una red de sociedades mercantiles, con el fin de emitir facturas falsas. En este sentido, también libraba facturas a clientes reales, pero con los que ya no mantenía relación comercial, facturas que posteriormente factorizaba con entidades financieras, obteniendo, una vez más, financiación irregular. Con todo ello, las pérdidas ocultas de la empresa ascendían a un montante muy alto, siendo su impacto tal que desvirtuaba la imagen fiel del patrimonio de la empresa. Por último y a efectos de determinar la responsabilidad de esta situación, el informe especifica que esta actuación no fue fortuita, sino consciente y continuada por parte de la Dirección de la sociedad.

Dada la importancia y actualidad de estos mecanismos y de los resultados que se obtienen, a nuestro juicio, sería muy interesante y eficaz que la Fiscalía General del Estado o nuestro Alto Tribunal se pronunciaran sobre este tipo de informes e investigaciones.

Por otra parte, en determinados casos, las empresas pueden «estimar oportuno» (artículo 20.3 ET) contratar los servicios de un detective para controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, en los términos de la Ley 23/1992, de 30 de julio, *de Seguridad Privada* (LSP), siempre que se cumplan los requisitos exigidos³¹. Esto es, ser detectives con licencia en regla y, debiendo, realizar su

30. Estas firmas ofrecen un alto nivel de integridad mediante la prevención, detección e investigación de fraude y/o conducta irregular como son: violaciones de las políticas corporativas y/o violaciones de ciertos requisitos regulatorios como las leyes de Prevención de Blanqueo de Capitales, Ley Sarbanes-Oxley (SoX) o la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

31. *Vid.*, DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», *Actualidad Laboral*, núm. 7, Sección Estudios, Editorial LA LEY, Quincena del 1 al 15 abr. 2011, tomo I, p. 800, señala que el marco genérico que establece la Ley 23/1992, de 30 de julio, *de Seguridad Privada*, debe ser com-

trabajo respetando la prohibición no de invadir la intimidad del trabajador sino de «utilizar medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (artículo 19.4 LSP). Sin embargo, la jurisprudencia limita la facultad del empresario de delegar en aquellos lugares en los que él puede personalmente controlar la conducta del trabajador. Y, con carácter general, considera que introducir un detective privado como un trabajador de la compañía para conseguir información privada de los trabajadores puede ser contrario al principio de buena fe³².

b) ¿Se puede/debe acudir a abogados externos?

En los programas de cumplimiento y, en igual medida, en las investigaciones internas, al abogado de la empresa le corresponde un papel fundamental y decisivo. Está en juego el derecho de defensa de la organización pero también el derecho de defensa de los trabajadores y el derecho al secreto profesional. Una pléyade de derechos que es necesario conjugar con la obtención de una información muy sensible que, con carácter general, debe estar alejada y protegida de los investigadores públicos. Por eso, existen ocasiones en las que es aconsejable acudir a otros letrados externos expresamente contratados al objeto de dirigir la investigación y evitar el posible acceso a la información por los poderes públicos.

El caso AZKO³³ —en el que el TJUE considera admisible que la Comisión utilizando sus poderes de investigación, acceda a la documentación que la empresa ha utilizado para elaborar su programa de cumplimiento, incluyendo incluso los correos electrónicos que se han cruzado con el abogado interno o las notas que se han tomado en las reuniones—, significa una impecable vía de acceso a toda la información conseguida en una investigación interna por cualquiera de los operadores jurídicos³⁴. Además de considerar que los abogados internos no disfrutaban de independencia y, por tanto, tampoco del derecho al secreto profesional.

Son muchos los criterios³⁵ que pueden determinar acudir o no a estos sistemas de vigilancia y control, entre ellos: los significativos costes económicos derivados de su implantación; los conocimientos técnicos que se presuponen al formar parte del equipo interno de la entidad; la objetividad e imparcialidad; la inseguridad ante quien no está dentro de la empresa, etc.³⁶.

pletado siempre por las disposiciones de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de *Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

32. En este sentido, entre otras, la STS de 5 de febrero de 1987 o la STSJ de Galicia de 4 de junio de 2009 que sigue la doctrina de la STC 92/2008.

33. STJUE (Gran Sala), Akzo c. Comisión, 14-9-2010, asun. C-550/07 P. (58).

34. PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «¿Cómo casan las limitaciones al secreto profesional de los abogados de empresa y el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas? Comentario a la sentencia del TJCE en el caso AKZO NOBEL CHEMICALS y otros/comisión, de 14 de septiembre de 2010 (asunto c-550/07)», *Revista General de Derecho Penal* 15, 2011.

35. OLIVER SAHAN., «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (Kuhlen, Montiel, Ortiz de Urbina, eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 245-259.

36. NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *op. cit.*, p. 7, advierte que, «en caso de no estar cubiertos por ningún derecho de confidencialidad, para acceder a la información de la investigación basta que el investigador público los llame como

c) *¿Está permitido que abogados extranjeros dirijan investigaciones privadas en España?*

No hay una previsión legal que prohíba que las investigaciones privadas puedan ser realizadas por abogados extranjeros. Las investigaciones internas se podrían calificar como consejo legal a diferencia de la representación legal ante un tribunal en el que tenga como requerimiento la representación de abogado colegiado³⁷.

d) *¿Cuándo deberían intervenir las autoridades nacionales?*

Hay dos situaciones diferentes en las que las autoridades nacionales deberían intervenir en la investigación interna. La primera situación comprende aquellos casos en los que la policía o un tribunal solicita a la empresa cierta información porque está llevando a cabo una investigación. En este sentido, la Constitución Española establece una obligación de cumplimiento de toda resolución judicial, orden o requerimiento y un compromiso de colaboración con los tribunales durante el curso de los procedimientos. Al amparo del artículo 17.1 de la LOPJ, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Una segunda situación, sería cuando la empresa pueda tener conocimiento de la comisión de una infracción penal y, en este contexto, según la LECRIM hay una obligación de informar sobre los hechos que puedan ser constitutivos de delito, pero en esta obligación no se incluye la prueba de los hechos de los que se informa. En este sentido, el artículo 259 LECRIM establece que el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad pública más cercana. Además, el artículo 262 LECRIM establece que los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal o Tribunal competente³⁸.

Al amparo del artículo 450 CP, relativo a la omisión del deber de impedir los delitos o promover su persecución, existen otros dos casos en los que la persona que tiene noticia de la comisión de una infracción penal debería intervenir, lo que podemos considerar como otro tipo de obligación general de informar:

1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiera la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida,

testigos. En este punto, las construcciones del derecho americano a través del *legal privilege*, la *work product doctrine* y el *self evaluating privilege* son mucho más protectoras de los derechos de defensa de la empresa en lo que se refiere a las investigaciones internas, que la jurisprudencia europea».

37. En los países de nuestro entorno, Alemania e Italia, por ejemplo, el abogado extranjero está solamente obligado por el Código de Conducta, las previsiones con respecto al secreto profesional y el deber de confidencialidad.

38. En ambos casos, la desobediencia a dicha obligación general está castigada con una multa de 25 a 250 pesetas (de 0,15 a 1,50 euros). Esta obligación de carácter general, tiene algunas excepciones, no es aplicable a los abogados, los abogados que acuden al juicio, sacerdotes bajo secreto de confesión y disminuidos y discapacitados, entre otros. Sin embargo, es importante subrayar que es esta obligación general prevista en la ley no es utilizada de forma habitual en la práctica, y los Jueces y Tribunales no suelen castigar a los que a sabiendas no han informado de los delitos.

integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

IV. ADMISIBILIDAD E IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS INDIVIDUALES EN EL ÁMBITO DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: CONTROL DEL USO DEL ORDENADOR INCLUIDO EL CORREO ELECTRÓNICO

El diseño de cada programa de cumplimiento ha de adoptarse en función de las características y variables de cada empresa. Las dimensiones y complejidad de una persona jurídica³⁹ influyen decisivamente en los medios que se deben destinar al programa de cumplimiento. El legislador español, dentro del ámbito de las investigaciones internas, no establece ningún modelo de aplicación general. Debemos acudir a la *United States Sentencing Commission*, en la que se establecen e institucionalizan cuáles son las *United States Federal Sentencing Guidelines*, es decir, las directrices que los órganos jurisdiccionales penales federales deben seguir en la determinación de la pena en sus resoluciones condenatorias. Los elementos estructurales y puntos básicos fundamentales para el diseño de los programas de «compliance» para una máxima de seguridad jurídica son⁴⁰:

- Potenciar la cultura de cumplimiento: definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores.

39. Clasifica GÓMEZ JARA, C., «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8341, Sección Tribuna, 26 de junio de 2014, año XXXV, Editorial LA LEY, p. 7, a las personas jurídicas en tres categorías: «En primer lugar, los denominados ciudadanos corporativos fieles al Derecho y que, en términos del CP español, son aquellos donde la actividad legal es mayor que la actividad ilegal. Se trata, en general, de las empresas que operan de conformidad con la legalidad y que se preocupan, en general, de instaurar programas de *compliance* para desarrollar una cultura de cumplimiento de la legalidad. En segundo lugar, aquellas personas jurídicas que, efectivamente, desarrollan una cierta actividad —es decir: tienen un mínimo de complejidad— pero, precisamente, la mayor parte de dicha actividad es ilegal. En tercer lugar, aquellas personas jurídicas que son una mera pantalla, sin que tengan otra actividad que la aparentemente legal (de carácter residual) para los propios propósitos delictivos». Esta clasificación afectará a los derechos y garantías que se les deben otorgar a cada una de ellas, así como a las sanciones que se pueden imponer.

40. *United States Sentencing Commission*, 2007, «Federal Sentencing Guidelines Manual» (vigentes desde el 1 de noviembre de 2007), en: http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/index.cfm.

Otros modelos son: el DLeg. 231/2001, de 8 de junio, de *Disciplina della reponsabilità amministrativa delle persona jurídica, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giurídica* de Italia; los requisitos establecidos en la Ley chilena núm. 23393, de 25 de noviembre de 2009, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho; o los criterios expuestos por el *Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.* en su proyecto Compliance-Prüfungsstandar (EPS 980).

- Fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos para evitar la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de *compliance*), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa.
- Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, «sistemas de informantes» para la recepción de advertencias anónimas, determinación de la vía encargada de los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de *compliance* así como eventualmente a las dependencias del Estado) y de los resultados de las investigaciones de los casos de sospecha (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de *compliance*.
- Participación de controladores y controles externos en relación con elementos determinados del programa de *compliance* y la evaluación externa del programa.
- Mecanismos de respuesta: incentivos y canales de denuncia e investigación.
- Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos.
- Creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas.

En el diseño de un programa de *compliance* son muy importantes dos ideas: por una parte, la promoción de una cultura de cumplimiento de las pautas o códigos éticos de conducta y, por otra, la creación de la denominada por algunos autores, de la «ordenanza procesal» interna, en la que regulará detalladamente todos los aspectos procedimentales de la investigación interna que se vaya a realizar, evitando, de este modo, improvisaciones que puedan entorpecer y obstaculizar la labor⁴¹. Una tarea fundamental en este ámbito es determinar qué áreas de la actividad organizativa está más expuestas al riesgo de comisión de ilícitos penales. Los elementos descritos deben complementarse con los requisitos y presupuestos específicos de cada unidad organizativa en los diferentes sectores de actividad⁴².

Creemos interesante en este punto de nuestro trabajo, detenernos en el análisis del **control del uso del ordenador incluido el correo electrónico**, dentro del margen de discrecionalidad de cada empresa y cómo se pueden adoptar medidas de prevención y control en el seno de una investigación empresarial interna⁴³.

En el seno de un programa de cumplimiento, el control o registro de los medios productivos de cualquier clase es una de las medidas que con más frecuencia se realizan. Los ordenadores y los servicios de correo electrónico, internet, etc., por sus características son objeto de uso personal por los trabajadores. No hay ninguna normativa que

41. MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», *op. cit.*, pp. 225-226.

42. Cfr. BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*, *op. cit.* p. 3.

43. Para una visión general y muy interesante de esta materia *Vid.*, VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*, URJC, Madrid, 2011.

especifique el procedimiento a seguir en el registro y control de los mismos y es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el derecho irrenunciable a la intimidad de los trabajadores y la facultad empresarial de vigilancia sobre el trabajo de sus empleados⁴⁴.

En este contexto, entra en juego, por una parte, la compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal⁴⁵ (artículo 18.1 CE) o incluso con el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), si se tratara del control del correo electrónico.

Son dos ámbitos los que entran en un difícil equilibrio, el personal y el laboral⁴⁶: la STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2007⁴⁷, analiza si las condiciones que el artículo 18 ET establece para el registro de la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales se aplican también al control empresarial sobre el uso por parte del trabajador de los ordenadores facilitados por la empresa⁴⁸. Y afirma que «tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los

44. En los países de nuestro entorno, por ejemplo, en Italia, existe una prohibición específica de usar cualquier dispositivo que permita al empresario controlar a distancia a sus trabajadores. Sin embargo, el control defensivo, incluyendo los controles desarrollados para determinar si la actividad delictiva ha ocurrido dentro de la empresa, son considerados en general legítimos con ciertas precauciones. Un requisito esencial para proyectar o visualizar correos electrónicos así como la investigación del acceso a internet y de otros dispositivos electrónicos asignados a los trabajadores (ordenadores, teléfonos, móviles, etc.) –utilizados para uso empresarial exclusivamente o por razones privadas y de negocios a la vez– es que el empresario debe aplicar una política específica sobre el uso que debe ser aceptada por parte del trabajador. Esta política necesita ser aprobada por el comité de empresa o por la autorización de la oficina laboral competente para su aplicación y, además, es necesario el consentimiento de los trabajadores. Este requisito, establecido ya en la Junta de Trabajadores ha sido expresamente previsto por la regulación específica de la Autoridad Italiana de Protección de Datos.

45. La STC 88/1985 de 19 de julio, estableció que «la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...]. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el artículo 38 del texto constitucional, legitima el que quienes prestan servicios en aquéllos por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional».

46. La STC 98/2000, de 10 de abril señala que «la tesis de partida de la Sentencia recurrida no puede compartirse, al limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales. Tal afirmación resulta rechazable, pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores (...)».

47. En relación con esta sentencia, *Vid.*, MONTÓYA MELGAR, A., «Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», en *Relaciones Laborales*, t. 1, núms. 5-6, 2009.

48. Pero el problema es más amplio, porque, en realidad, lo que plantea el recurso, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales (artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). Indica el TS que «la sentencia recurrida funda su decisión en que en la obtención del medio de prueba, a partir del cual podría acreditarse la conducta imputada por la empresa para justificar el despido, no se han respetado las exigencias del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, ya que: 1º) no se demuestra que fuera necesario llevar a cabo en ese momento y sin la presencia del trabajador el examen del ordenador o al menos la continuación del examen una vez que aparecieron los archivos temporales, 2º) no consta que todo el proceso de control se realizara en el lugar y en el tiempo de trabajo, pues el ordenador fue retirado para su reparación; 3º) tampoco se respetó la dignidad del trabajador al haber realizado el control sin su presencia y 4º) el control se efectuó sin la presencia de un representante de los trabajadores».

trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario «como propietario o por otro título» y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador».

Por ello, sin olvidar que el ordenador forma parte del patrimonio de la empresa y se pone a disposición del trabajador con el objetivo de facilitar sus obligaciones laborales, el Tribunal Supremo es tajante al considerar que el control de los ordenadores no encaja en el artículo 18 ET y sí en el artículo 20 ET, referente a las medidas empresariales de control ordinario.

La Sala Cuarta de nuestro Alto Tribunal plantea como solución a eventuales problemas el que la organización estableciera y advirtiera previamente las reglas de uso de estos medios e informara a los trabajadores de la posibilidad de que existan controles al respecto, ya que con ello se evitarían posibles intromisiones ilegítimas en la intimidad del trabajador⁴⁹.

El contrato de trabajo y en general la cláusula de buena fe contractual condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores y ampara, en determinadas circunstancias, el control empresarial. Sin olvidar la necesidad de observar límites a la hora de poner al descubierto una conducta irregular del trabajador, pues la inobservancia de los mismos por parte del empresario podría conllevar la falta de idoneidad procesal de la prueba obtenida. Por todo ello, solo en los casos en los que el empresario ha informado al trabajador de la posibilidad de control de los ordenadores y que el empresario haya especificado que los ordenadores son de exclusivo uso profesional no podría afirmarse que se ha producido una violación del derecho a la intimidad del trabajador.

Señala el Tribunal Supremo que, «en el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso. La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una «expectativa razonable de confidencialidad».

En estas condiciones, el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. Por otro lado, una vez que la empresa ha comprobado el negligente uso del ordenador, las investigaciones más profundas sobre el específico

49. «Tal y como disponen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (Caso *Halford*) y 3 de abril de 2007 (Caso *Copland*), de esta manera, si se advierte previamente, no se podría entender que ha existido una vulneración de una expectativa razonable de intimidad».

contenido de ese uso violarán el derecho a la intimidad del trabajador tal y como ha sido descrito por el principio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁰.

En conclusión, los empresarios solo podrán controlar los ordenadores y correos cuando exista una razonable sospecha de que los trabajadores los están utilizando negligentemente y que no hay otra manera de probar este hecho. Durante el proceso habrá que sopesar los intereses, las indicaciones que crean una sospecha del trabajador y la gravedad del delito que se ha cometido.

Desde el 2007, han sido numerosas sentencias las que han aplicado esta doctrina general haciendo depender de la existencia o inexistencia de reglas de uso y sistemas de control comunicados a los trabajadores la decisión sobre la violación del derecho a la intimidad y, consecuentemente, de la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas en la investigación de los ordenadores de los trabajadores. Si bien, siempre se aplica a los casos en que la investigación del ordenador del trabajador por parte de la empresa ha alcanzado de manera efectiva a contenidos de carácter personal y reservado⁵¹.

V. CONCLUSIONES

La nueva regulación en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyo máximo exponente es el artículo 31 bis del vigente CP ha determinado la puesta en marcha por las empresas de programas de prevención tendentes a evitar eventuales penas por la comisión de hechos delictivos. En efecto, los *compliance programs* van a determinar importantes consecuencias ante la eventual comisión de hechos delictivos con la consiguiente apertura de un proceso penal. En este sentido, resulta muy relevante de cara a posibles exenciones de responsabilidad penal su adecuada implementación, en la medida en que constituyen indicio de control y diligencia por parte de la empresa. Serán los Juzgados los que valorarán si una persona jurídica ha ejercido el debido control (artículo 31 bis 1 CP) o ha establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos [31 bis 4 d) CP].

Dentro de los denominados programas de cumplimiento, las investigaciones internas son una pieza esencial, pero su desarrollo puede plantear problemática de diversa

50. Afirma RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual. A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013». *Diario La Ley*, núm. 8195, Sección Tribuna, 20 nov. 2013, año XXXIV, Ref. D-398, Editorial LA LEY, que en el caso analizado, «las partes del proceso quedaban dentro del ámbito de aplicación del XV Convenio colectivo de la industria química, acordado por la Federación Empresarial de la Industria Química Española (Feique) y por los sindicatos FITE-QA-CC.OO. y FIA-UGT (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 9 de agosto de 2007, BOE de 29 de agosto de 2007). En lo que ahora interesa, en su artículo 59.11 se tipificaba como falta leve la «utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2». Por su parte, el artículo 79.2 del Convenio, relativo a los derechos sindicales, que partía de un principio general según el cual «el correo electrónico es de exclusivo uso profesional», añadía, como excepción, que los representantes de los trabajadores –condición que, según los hechos probados de la sentencia, no ostentaba el actor– podían hacer uso del mismo, únicamente, para comunicarse entre sí y con la Dirección de la empresa; se requería el previo acuerdo con ésta para cualquier otro uso ajeno a lo expuesto».

51. *Vid.*, VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 105-106.

índole. Así, una primera cuestión que se suscita tiene que ver con su naturaleza, pudiendo afirmarse que la naturaleza de la investigación, pública o privada, dependerá finalmente del motivo concreto de la investigación y de sus posibles consecuencias. En cuanto al momento en que puede iniciarse una investigación interna dirigida a clarificar responsabilidad, parece claro que siempre ha de ser partiendo de una sospecha sólida acerca del comportamiento inapropiado del trabajador que afecta a su trabajo; por tanto, el empresario no puede iniciar investigaciones con carácter general, sino que éstas deben estar avaladas por indicios o sospechas en la medida que el empresario no puede llevar a cabo intromisiones en la intimidad de sus empleados en el centro de trabajo sin más. La oportunidad de acudir a investigadores externos tendría cobertura en diversos preceptos legales, tanto del ET (artículo 20.1. y 3) como de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad privada, siempre que se den requisitos determinados. Igualmente, no existe prohibición alguna para que la investigación se encomiende a abogados externos y/o extranjeros.

El programa de cumplimiento debe adoptarse en función de las características y variables de la empresa, dado que las dimensiones y complejidad de una persona jurídica influyen decisivamente en los medios que se deben destinar al programa y lo que es válido para una determinada sociedad, puede que no lo sea para otras. El control de los ordenadores por parte de los empleadores está permitido para los fines de una investigación, pero dado que dicho control puede vulnerar el derecho a la intimidad que consagra el artículo 18.1 CE, en consonancia con la doctrina que ha tenido ocasión de conformar el TC, puede afirmarse que los empresarios sólo podrán controlar los ordenadores y correos electrónicos cuando exista una razonable sospecha de que los trabajadores los están utilizando negligentemente y no exista otra manera de probar el hecho. Ello no obstante, el control de los ordenadores no es el único medio que puede desplegar el empresario en el ejercicio de una investigación interna. Control de teléfonos y/o conversaciones telefónicas, videocámaras, uso de micrófonos, son otros elementos cuya supervisión puede acarrear infracción de derechos constitucionales, y aun permitidos, deben ser objeto de límites que eviten un ejercicio abusivo por parte del empresario. Por último, con independencia del valor que los Tribunales conceden a estos programas a efectos de determinar su responsabilidad penal, el objetivo último que se debe buscar con su implementación en las empresas es el efecto de control y prevención, en un ámbito empresarial ético y moral.

A nuestro juicio, la nueva reforma del CP, acierta al configurar los programas de *compliance* que sean eficaces y que estén establecidos con carácter previo a la comisión de hechos delictivos, como circunstancia eximente, y al dotar de mayor seguridad jurídica al delimitar en el propio texto legal las condiciones o requisitos necesarios de lo que debe entenderse la expresión debido control.