

El Principio de Proporcionalidad como Directriz de las Investigaciones Internas. Visión Crítica al Modelo de Delegación Privada en Programas de Cumplimiento en el Ecuador

The Principle of Proportionality as Director of Internal Investigations. Critical Vision of the Private Delegation Model in Compliance Programs in Ecuador

Alex Xavier Macas-Ordóñez ¹
Universidad Católica de Santa Fe - Argentina
axmacas@gmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2024.6.2591

V9-N6 (nov-dic) 2024, pp 1010-1024 | Recibido: 12 de junio del 2024 - Aceptado: 17 de octubre del 2024 (2 ronda rev.)

¹ ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3799-3157>

Macas-Ordóñez, A., (2024). El Principio de Proporcionalidad como Directriz de las Investigaciones Internas. Visión Crítica al Modelo de Delegación Privada en Programas de Cumplimiento en el Ecuador. 593 Digital Publisher CEIT, 9(6), 1010-1024, <https://doi.org/10.33386/593dp.2024.6.2591>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

Los programas de cumplimiento normativo son una de las novedades que el COIP introdujo a raíz de sucesivas reformas dentro del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como parte de estos programas de cumplimiento el Estado delega a las empresas la facultad de realizar investigaciones internas para detectar posibles conductas delictivas. Es justamente en este proceso investigativo que la empresa al perseguir el beneficio de la reducción de la pena está en posición de conculcar derechos fundamentales de los trabajadores investigados. Es así que el principio de proporcionalidad será la directriz fundamental para que estas investigaciones se mantengan dentro del margen del Derecho, y que las evidencias recabadas en estas investigaciones puedan ser utilizadas en un eventual proceso penal.

Palabras claves: derecho penal, programas de cumplimiento, investigaciones internas, derechos de los trabajadores, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

Compliance programs are one of the novelties that the COIP introduced as a result of successive reforms within the criminal liability regime of companies. As part of these compliance programs, the State delegates to companies the power to carry out internal investigations to detect possible criminal conduct. It is precisely in this investigative process that the company, by pursuing the benefit of a reduced sentence, is in a position to violate the fundamental rights of the investigated workers. Thus, the principle of proportionality will be the fundamental guideline so that these investigations remain within the margin of the Law and that the evidence collected in these investigations can be used in an eventual criminal proceeding.

Keywords: criminal law, compliance programs, internal investigations, workers' rights, principle of proportionality.

Introducción

Los programas de cumplimiento normativo constituyen una de las innovaciones que los ordenamientos jurídicos de tradición romana como el nuestro han decidido adoptar como parte de una vertiente generalizada en la región de incluir dentro de las legislaciones penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en una decisión que a nivel de sistema penal no tiene marcha atrás, pero que no ha estado libre de debates respecto a las implicancias de adoptar este sistema de responsabilidad.

Justamente un debate que mayor trascendencia y actualidad reviste en materia penal lo constituye uno de los tópicos de los que será objeto esta investigación y es el de las investigaciones internas como mecanismo a través del cual las empresas tienen conocimiento sobre la posible comisión de conductas delictivas al interior de la misma. La controversia radica en que las investigaciones internas deben ser entendidas como una forma de delegación de funciones investigativas a los entes corporativos, que normalmente deberían corresponderle al Ministerio Fiscal en lo que es una clara tendencia a adoptar una política criminal para combatir las cada vez más complejas formas de criminalidad económica al interior de las empresas.

A lo largo de esta investigación se hará hincapié en que está delegación no se encuentra exenta de riesgos, sino que por el contrario incentiva la proliferación de escenarios en los cuales se conculcan derechos de los trabajadores investigados, con especial énfasis en sus derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones, a la dignidad y a la prohibición de autoincriminación con consecuencias evidentes respecto a la validez de las pruebas obtenidas, sobre todo al pasar bajo la lupa de la justicia ordinaria que sería la principal damnificada de procedimientos investigativos ilegales llevados a cabo por representantes de la empresa.

Como forma de articular estos supuestos se pondrá especial énfasis en el principio de proporcionalidad como baremo conciliador entre el interés público en investigar y perseguir

delitos, y los derechos de los investigados cuando el órgano instructor es la empresa a través de sus órganos internos, y para ello, se analizará sus subprincipios concernientes a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo trascendente para ello aportes dogmáticos y jurisprudenciales sobre la propuesta investigativa.

Desarrollo

Institucionalización de los programas de cumplimiento normativo

Los programas de cumplimiento normativo penal han tenido una tradición muy arraigada en el Derecho anglosajón a raíz de escándalos corporativos que han puesto en tela de duda la responsabilidad únicamente administrativa de las empresas (Gómez y Madrid, 2019), y debido a ello no es ninguna sorpresa que se ha puesto en marcha toda una maquinaria dirigida a realizar avances significativos en la dogmática penal vinculada a los conceptos de responsabilidad penal de la persona jurídica, *compliance*, y modelos de imputación de responsabilidad penal en contextos de criminalidad empresarial, lo cual se evidencia con la gran cantidad de obras que se han publicado en los últimos años.

Empero de aquello, en países de tradición arraigada en el Derecho Romano entre los que figura Ecuador, no es sino hasta la década pasada que la institución del *compliance* ha cobrado una relevancia particular en las legislaciones, especialmente como corolario de incorporar a estos ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas y abandonar por ende el concepto de *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir). (Ontiveros, 2014)

Ahora bien, como es evidente la palabra *compliance* no es connatural al español, sino que corresponde a un término en inglés cuya traducción hispana sería cumplimiento, pero aquello sin más, no se condice con el adecuado entendimiento de lo que significa este término, debiendo recurrir por ello a concepciones

desarrolladas en literatura especializada como la de significar una idea de cumplimiento de las normas aplicables a una organización empresarial en la prevención de delitos de todas las normas nacionales e internacionales. (Lledó, 2018)

Esta conceptualización que sin duda es una visión formalista de cumplimiento normativo, conlleva la aceptación que los *compliance programs* se instituyen para garantizar el cumplimiento de reglamentos o normativa de carácter imperativo y prohibitivo que le son aplicables a las empresas, como podría ser en el caso del Ecuador, la Ley de Compañías, el Código Tributario, la Constitución, y todas aquellas leyes que tienen relación con la actividad económica específica de la empresa, donde se podría incluir además aquellas disposiciones que si bien no tienen jerarquía de ley orgánica u ordinaria, le son exigibles a las empresas en la medida en que son vinculantes para poder desarrollar una actividad económica en un lugar específico, como lo constituyen las ordenanzas municipales expedidas por los Gobiernos autónomos descentralizados, y haciendo referencia además al marco de normas internacionales siempre y cuando sean aplicables a su objeto social.

Sin embargo, esta concepción no solamente se centra en lo meramente normativo, sino que al momento de hacer hincapié en la prevención de delitos se aludiría a una especie de estrategia de política criminal, pues se estaría remitiendo exclusivamente a la normativa penal, y a la existencia de una clara finalidad tendiente a la prevención del cúmulo de conductas delictivas tipificadas dentro del ordenamiento penal exigibles a las personas jurídicas, que en el caso ecuatoriano se encuentran recogidas en un solo cuerpo como lo es el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), lo que tampoco deslinda la responsabilidad de las empresas de trabajar en la prevención de conductas antijurídicas extrapenales, sobre todo asumiendo que una de las técnicas legislativas modernas en materia penal corresponde a las leyes penales en blanco (Zugaldía et al., 2010), lo que se puede evidenciar por ejemplo al momento de analizar los delitos ambientales que son únicamente complementados en su

sentido remitiéndose a otras leyes como el Código Orgánico del Ambiente, lo que también ocurre con otras materias como la aduanera o tributaria, destacándose además la necesidad de la observancia de tratados y normativa internacional considerando el gran impacto que tiene hoy en día la delincuencia económica que tiene potencial transfronterizo.

Esta forma de entender los programas de cumplimiento debe ser matizada con otras propuestas desarrolladas pues de otra forma en el intento por delimitar el ámbito conceptual del término, se estaría dejando de considerar algunas características importantes como la que, en puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. (Carrau, 2016)

Este aporte tiene la cualidad de descentralizar el punto de atención en el cumplimiento de normas, e incluso en el riesgo de sufrir sanciones de tipo penal, para acercarse a un concepto más axiológico, el de la ética en los negocios. Aquello no implica por supuesto que el riesgo de sanción penal no sea importante, pues a diferencia de las sanciones previstas para las personas naturales, existe en el caso de las personas jurídica una verdadera “pena de muerte” en la forma de disolución que podría comprometer intereses muy importantes para aquellos que detentan la propiedad de las empresas, sin embargo no es menos cierto que las empresas no solamente cumplen una función económica, por lo cual los objetivos económicos deben ir acompañados de prácticas ética, por lo cual la ética sería, en fin, desde este punto de vista, una especie de Pepito Grillo, encargada de condenar multitud de comportamientos. (Heredía, 2014)

Por otro lado, poner énfasis en la cultura ética empresarial lleva implícita la idea de sujeción de la actividad empresarial a una serie de valores y objetivos autoimpuestos, y con ello la implantación de una verdadera cosmovisión de respeto a la ley, motivada por estos valores que como pilares fundamentales tienen la

propiedad de guiar las actividades de la empresa, como por ejemplo sería el caso de una compañía que tenga un gran compromiso con el medio ambiente no únicamente con el objetivo de evitar sanciones administrativas o penales, sino que principalmente su cumplimiento proviene de un auténtico compromiso empresarial con la conservación del medio ambiente como espacio indispensable para la subsistencia de la vida.

Ahora bien, además de lo ya dicho es imperante hacer consideraciones respecto a la importancia de los programas de cumplimiento en el fortalecimiento de la reputación corporativa, es decir en el establecimiento de una buena imagen como empresa que se cimiente en un compromiso con el cumplimiento normativo (cultura de cumplimiento), y que desemboque en un incremento en la confianza del mercado y de los consumidores. (Matallín, 2018)

Siendo estas las principales aristas que caracterizan un programa de cumplimiento, lo cierto es que, al *Compliance* no se lo podría entender desde una sola óptica, sino que sigue siendo un término de difícil delimitación, por lo que se debe concluir que no existe a priori un concepto unitario, sino que todos los aportes mencionados en líneas anteriores son válidos a la hora de entender todo el campo de acción del *Compliance*, dejando por sentado que es indudable su importancia en el futuro próximo del sistema de justicia ecuatoriano tras su incorporación en el texto del COIP.

Reconocimiento de los programas de cumplimiento normativo en la legislación ecuatoriana

Los programas de cumplimiento al igual que toda la normativa en materia penal ecuatoriana se encuentra recopilada desde el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal con el que se introdujo importantes reformas en la materia, como la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que en el particular caso de los programas de cumplimiento, se encuentran referenciados en el artículo 45.7 literal d, en los siguientes términos:

Atenuante para la persona jurídica.- Haber implementado, antes de la comisión del delito, **sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión**, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización. (COIP, 2014)

Y es que en la normativa ecuatoriana se reconoce la incorporación de un programa de cumplimiento previo a la comisión de un delito como una atenuante de responsabilidad. Las consideraciones por las cuales el cumplimiento de estas disposiciones no se inserta en una eximente de responsabilidad exceden a este trabajo, pero lo importante es dejar por sentado que los programas de cumplimiento se corresponden a sistemas de gestión de riesgos de distinta índole, ya sea de tipo normativo o ético como se dejó claro.

También se hace referencia a la necesidad de implementar un órgano o un encargado de supervisar las obligaciones relacionadas con el *Compliance* al interior de la empresa que se adecuará al tamaño de las mismas, y que se extenderá a todos los niveles organizacionales, incluidos directivos o gerentes, siendo incluso estos los más importantes, pues sería difícil sostener la validez de un programa de cumplimiento sin que exista un compromiso por parte de los directivos con el cumplimiento de la legalidad, lo cual es conocido como *tone at the top*. (Regner, 2018)

Algo que se evidencia además, es que debido a la naturaleza del COIP, se prescinde completamente de conceptualizar los programas de cumplimiento, y en ese sentido los mayores esfuerzos para establecer los requisitos de un programa de cumplimiento han sido desarrollados en normativa *soft law* como en las célebres normas ISO, y esto es así porque por un lado, el regular el qué y el cómo de un programa de cumplimiento excedería el ámbito

de aplicación del COIP, y por el otro el hecho de adoptar un programa de cumplimiento es mayormente una decisión voluntaria de los representantes de la empresa que una imposición de los Estados. Sin embargo los códigos han venido recogiendo los elementos mínimos con los que debe contar un programa para su validez, no siendo el COIP una excepción, estableciendo en el artículo 49 estos presupuestos entre los que se encuentra el código de ética; la identificación, análisis y evaluación de riesgos; establecimiento de controles internos; y el elemento clave en este trabajo, los mecanismos de **investigación interna**. (COIP, 2014)

De las investigaciones internas

Para aquellos que han estudiado la estructura de los programas de cumplimiento, se sabe que los canales de denuncia a través de los cuales se inicia el proceso de comunicación entre la alta esfera y los *stakeholders* (socios de negocio, empleados, clientes) constituyen un pilar fundamental al permitir a los responsables tomar conocimiento de irregularidades entre las que se encuentra el posible cometimiento de delitos. Pero este elemento no estaría completo sin la existencia de un mecanismo para investigar estas irregularidades. (Puyol, 2017)

La principal finalidad de estas investigaciones internas es destacada por la *World Compliance Association* en uno de sus trabajos sobre la materia, estableciendo que las investigaciones internas ayudan al empresario a anticiparse al descubrimiento de malas prácticas que pueden acarrear consecuencias nefastas para el negocio. A través de su propia investigación sobre hechos sospechosos, la empresa se anticipa y puede tomar decisiones que implicarán, sin duda, una mejor resolución del problema. Una de estas decisiones puede ser la de colaborar con la Justicia, lo que le facilitaría poder demostrar la eficacia de su programa de cumplimiento a efectos de exención de responsabilidad penal (solo atenuación en Ecuador). (*World Compliance Association*, 2019)

Es por ello, que la conformación de un departamento u órgano que se encargue de la

investigación de estas conductas normalmente presidido por un *compliance officer* es un paso necesario para acreditar la existencia y vigencia de un programa de cumplimiento, pero tal como lo indica la cita anterior en este caso existe una aproximación al pantanoso mundo de las investigaciones privadas y como tal aquellas que pueden tener serios problemas de constitucionalidad, sobre todo considerando que por mandato constitucional al órgano al que le corresponde la investigación penal es a la Fiscalía General del Estado. (CRE, 2008)

Sin embargo, la delegación de actos investigativos a privados es un paso necesario en lo que aparenta ser parte de una política criminal de los Estados para combatir la delincuencia económica, cada vez más compleja y difícil de investigar, pues en el seno de las empresas donde el velo societario es un elemento detonador de actividades subrepticias y en el que existe una gran capacidad para el cometimiento de delitos con incidencia internacional, es entendible que sea al empresario al que se le haya delegado la función de realizar actividades investigativas que podrían devenir en un potencial proceso penal, dada su mejor posición dentro de la empresa e incluso una reducción de los costes de investigación. (Del Rosal, 2018)

Para cumplir con su cometido, el empresario a través de su equipo deberá determinar las diligencias investigativas que considere necesarias para arribar a una debida conclusión de las investigaciones, por lo que está claro que esta delegación no es gratuita, sino que implica la inexorable necesidad de compatibilizar estos actos investigativos con las garantías fundamentales previstas en el proceso penal ordinario, so pena de incurrir en afectaciones con costes elevados para la administración de justicia como será puesto de manifiesto con posterioridad. (Prada, 2014)

En ese sentido, el órgano investigativo en la búsqueda de elementos incriminatorios deberá optar con frecuencia, por fuentes que le sean asequibles dependiendo del ámbito de acción de la empresa, así es plausible llevar a cabo interrogatorios, pesquisas en correos electrónicos

dentro de computadores pertenecientes a la empresa, interceptar y registrar llamadas hechas por empleados investigados, o el simple cateo de su espacio de trabajo, de su escritorio, de los casilleros o taquillas a ellos conferidos o cualquier otra diligencia que sea considerada necesaria. (Nieto y Lascurain, 2015)

Al ser estas investigaciones privadas una delegación del Estado, estas tienen como objetivo fundamental acreditar dentro del procedimiento, el efectivo cometimiento de un acto delictivo a través de su *iter criminis*, la identidad de los intervinientes y sus grados de participación, las consecuencias de la conducta, determinación de sanciones correspondientes para los implicados y toda aquella información que pueda resultar útil, por lo que se puede concluir que, para los intereses del Estado ecuatoriano, esta delegación pretende significar una fórmula contra el secretismo instaurado en lo más profundo de una organización empresarial.

Centro neurálgico del problema. El sistema de atenuantes previsto por el COIP que condiciona el “campo de batalla”

Una de las instituciones tradicionales del derecho penal lo constituye el sistema de atenuantes de responsabilidad penal, que en el Ecuador se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal, pues como es sabido y aceptado dentro de la materia penal, es menester establecer dentro del ordenamiento una serie de causales que atenúan la responsabilidad del delincuente y que permitan una menor graduación de la pena por considerarse disminuida la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor (Künsemüller, 2019). En ese sentido, la premisa condicionante de posibles afectaciones a garantías fundamentales radica en que la legislación ecuatoriana mantiene un sistema paralelo de atenuantes tanto para la persona natural como para las personas jurídicas, con similar en la colaboración eficaz como mecanismo para atenuar la responsabilidad penal.

Así en el artículo 45.6 del COIP opera como circunstancia atenuante de la infracción para las personas naturales el **colaborar eficazmente**

con las autoridades en la investigación de la infracción (COIP, 2014); mientras que en el mismo artículo pero para las personas jurídicas se establece como circunstancia atenuante en el numeral 7 literal b, **colaborar** con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio. (COIP, 2014)

Lo que queda claro con esto es que aquel que controle información valiosa puede tener a su haber beneficios de ley como es en este caso la atenuación de la pena, llevando aparejado además que el que llegue primero a las autoridades con información útil acerca de la materialidad de una infracción penal y por ende signifique un avance significativo en las labores investigativas desarrolladas por los fiscales es el que accederá a este beneficio, excluyendo al restante de esta posibilidad. Este es el escenario en que la empresa y sus trabajadores implicados en un ilícito pugnarán por obtener esta información y aportarla dentro del juicio antes que el otro, pues en la gran mayoría de los casos existe un conflicto de intereses latente entre empresas y trabajadores dentro de un juicio.

Este problema fue evidenciado hábilmente por el profesor Adán Nieto, el cual asevera que el derecho penal establece en muchos países una competición entre la persona física responsable de la infracción y la jurídica con el fin de que confiesen su responsabilidad. En esta carrera por la colaboración las atenuantes o la exención de responsabilidad suelen reservarse al primero que aporte pruebas y colabore. (Nieto, 2013)

Estos beneficios que el profesor hábilmente llama “zanahorias procesales” corren el riesgo de fundar un régimen de búsqueda de colaboración a cualquier costo, o dicho de otro modo un escenario en el que se acepte la premisa de que “el fin justifica los medios”. En ese sentido, el camino que adoptará este trabajo es el de centrarse en los posibles abusos por parte de las empresas en la investigación de delitos, por considerar que los trabajadores son la parte más vulnerable en esta pugna por la información, pues no hay que olvidar que la empresa detenta

un verdadero aparataje económico y humano en su seno, y siendo consecuente con lo sostenido en este trabajo, cuenta además con los mecanismos de investigación interna como parte de la delegación hecha por el Estado.

El principio de proporcionalidad como parámetro indispensable de las investigaciones internas

Como fue referenciado, el empresario tiene a su haber un conjunto de actos o diligencias investigativas que puede llevar a cabo para la búsqueda de la verdad, encontrando a manera de preámbulo en este acápite un antecedente importante para evidenciar la naturaleza de las investigaciones al interior de la empresa en la jurisprudencia española, misma que no ha estado exenta de críticas, pues en ella se estableció que existiendo una prohibición absoluta válidamente impuesta por el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, se entiende implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador. En tales circunstancias no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. (Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 2011)

Este fallo marcó un antecedente importante, teniendo como datos a destacar la obligación del empresario de informar a sus trabajadores sobre el uso de las TICs entregados a ellos, poniendo énfasis en el empleo estrictamente profesional de estos y las consideraciones al derecho a la intimidad de los empleados. Sin embargo, al día de hoy esta jurisprudencia ha evolucionado debido a trabajos y criterios posteriores, pues el dominio sobre ordenadores por parte de la empresa no puede autorizar al empresario a adoptar medidas de manera ilimitada, siendo parte de estas objeciones a esta jurisprudencia las que se desarrollarán en este trabajo, y tienen que ver con el **principio de proporcionalidad**, como uno de los principios rectores del Derecho moderno y por ende como guía de las investigaciones internas.

El hecho de no observar el debido test de proporcionalidad ilegítima cualquier tipo de intervención por parte de la empresa, convirtiendo en autoritarias las decisiones adoptadas siendo difícil de justificar y motivar estas resoluciones y por ende significando un alto coste para la credibilidad y valor de los elementos recabados en la investigación. Al respecto de lo sostenido, en el lugar de trabajo el posible conflicto de intereses entre empresa y sus trabajadores se puede subsumir en: a) La afectación a la intimidad del trabajador cuando este utiliza medios TIC que le ha suministrado la empresa, b) la afectación de la intimidad del trabajador en los espacios de que éste dispone dentro de la empresa, con el fin de que goce en ellos de una intimidad mayor, c) la afectación al secreto de las comunicaciones. (Nieto Martín y Lascurain Sánchez, 2015, p. 245)

En conexión al primer literal es importante mencionar que las TIC sigla de tecnologías de la información y la comunicación corresponden a aquellos mecanismos para el tratamiento de la información mediante el uso de la tecnología ya sea de forma material o inmaterial como lo puede ser teléfonos móviles, teléfonos celulares, ordenadores, internet, correos electrónicos, etc. (Cano, 2018), con la condición de que el dominio o propiedad de estos elementos pertenezca al empresario o empresa correspondiente, y que estos sean confiados a sus trabajadores con el fin de que los utilicen como herramientas de trabajo.

Por un lado, ya se manifestó según desarrollos jurisprudenciales que el empresario tiene el control sobre las TICs que proporcione a sus trabajadores desde el momento en que estas les son entregadas para una función laboral plenamente determinada y en base a lo cual se prohíbe el uso personal, por lo que los teléfonos celulares que pertenezcan a la empresa pueden ser examinados con menores exigencias pero sin dejar de reconocer que no se pierde completamente la expectativa de privacidad sobre estos, por lo que no se extingue la obligación de justificar estos actos investigativos.

En cambio, respecto a los teléfonos celulares propiedad de los trabajadores al existir

una expectativa clara de privacidad y que por ello prevalece su derecho a la propiedad, intimidad y al secreto de las comunicaciones, todo parece indicar que existe un obstáculo insalvable referente a la retención y análisis del contenido de estos dispositivos, que solo parece ser plausible mediante la denuncia a las autoridades, pues la orden de juez en este caso no puede ser suplida por la decisión de particulares, siendo por ello inconstitucional e ilegal la prueba que se pueda obtener de estos dispositivos personales por intermedio de la empresa.

Siguiendo la línea propuesta, existen ciertos lugares o contextos en los que existe una expectativa de privacidad mucho mayor y que por ende la empresa no puede traspasar esos límites. En ese sentido pueden constatarse injerencias en la intimidad que, por su gravedad –pero también por las particularidades de la relación laboral–, no pueden ser toleradas, incluso cuando el lesionado haya dado su consentimiento. Así, por ejemplo, la captura de imágenes colocadas en baños o vestuarios, exámenes genéticos compulsivos, la interceptación de correspondencia electrónica estrictamente personal o el registro de taquillas. (Montiel, 2013)

Es evidente que este tipo de injerencias no se pueden tolerar, o por lo menos no de forma ilimitada en cualquier contexto. Así por ejemplo, el uso de cámaras de videovigilancia en baños o vestuarios estaría totalmente desproporcionado, pues en estos escenarios no solamente prevalece el derecho a la intimidad de los trabajadores, sino que, debido a las actividades que se desarrollan en los mismos, la captura de estas imágenes trae consigo la afectación de la dignidad humana como el principio más básico de cualquier persona. (Alexy, 2014)

Por otro lado, los cajones de los escritorios, taquillas o casilleros, o el espacio en un disco duro que los trabajadores pueden usar para sus efectos personales, si bien son espacios dentro de la empresa, se puede determinar que debido a que se encuentran deslindados de la actividad estrictamente profesional de los empleados exigen una motivación más rigurosa para su intervención (Álvarez, 2020), por lo que a juzgar

por las garantías del proceso penal ordinario exigiría que necesariamente la empresa cuente con un verdadero órgano creado para legitimar estas intervenciones investigativas a través de una orden, como de si un juez se tratase, por lo que exige que la persona o personas a cargo de este órgano sean concedores de derecho penal, constitucional y derechos humanos como requisito mínimo para motivar estas órdenes, pero que además ya se puede dar buena cuenta de las dificultades que posee delegar la investigación de conductas penales en particulares donde la empresa estaría en la posición de ser juez y parte.

Así mismo, actuar sin una orden solamente se podría entender y validar dentro de un proceso investigativo en los casos análogos previstos en la ley, es decir en situación de flagrancia o de riesgo para la investigación por peligro de destrucción o inutilización de evidencias, en ese sentido cobra relevancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al respecto determina la importancia de validar las intervenciones policiales en base a la medida de la urgencia y la necesidad *ex ante*; estando sujetas a un control judicial *ex post*. (*Caso Rueda Vs. España*, 2017)

Si bien esta jurisprudencia se refiere a intervenciones policiales, es plausible extrapolar aquello a la intervención de los investigadores privados, pues como se ha mencionado no es aceptable disminuir las garantías de los investigados por tratarse de una investigación privada, toda vez que de esta puede derivarse alguna responsabilidad penal, por lo que la actuación espontánea del órgano de investigación interna debe sujetarse al rigor de las reglas de obtención de las pruebas, siendo por ello necesario la total responsabilidad de la empresa en la delegación de las funciones investigativas en personas calificadas a fin de no transgredir derechos de los trabajadores.

Dicho esto, ubicándose en el contexto que reza resultaría muy difícil considerar la existencia de una verdadera situación de urgencia y necesidad que legitimaría las intervenciones sin orden de autoridad tratándose de delincuencia económica en la que la empresa

posee el dominio sobre los medios tecnológicos y los espacios físicos, y por ende tiene a su haber toda la posibilidad de acceder con bastante facilidad a los espacios en el seno de la empresa, por lo que prescindir de la autorización para estos cateos investigativos no parece adecuado ni legítimo, salvo en los casos en los que exista un peligro justificado por ejemplo, de destrucción de evidencias.

Ahora bien, regresando al punto de la necesidad de que exista un encargado dentro de la empresa de emitir las órdenes correspondientes para las intervenciones investigativas, es trascendente que las órdenes estén motivadas en mínimamente algunos aspectos como: 1. Que exista un fin legítimo para la intromisión. El acceso que no atiende a ninguna otra finalidad que acceder a la intimidad del empleado no está justificado en ningún caso; 2. Que exista un grado suficiente de sospecha. Las intromisiones prospectivas o con fines, simplemente de “pesca”, no resultan lícitas. Esto implica también que el test de proporcionalidad, no puede realizarse de manera general, sino que debe efectuarse en relación a cada uno de los afectados; y, 3. Que el acceso a los contenidos sea idóneo, necesario y proporcional adecuado a las circunstancias del caso concreto. (Nieto y Lascurain, 2015)

Está claro que descubrir la existencia de un potencial delito es un fin legítimo del Estado, pues ese sería incluso el motivo por el cual el Estado ha delegado las investigaciones a privados, pero ello no significa alentar un régimen autoritario donde prime la arbitrariedad, sino que por el contrario debe existir un proceso de determinación de elementos mínimos de existencia de un delito que se cimiente en el respeto a los derechos humanos y garantías básicas del proceso penal, por lo que en resumidas palabras, un fin legítimo no puede ser alcanzado mediante medios ilegítimos.

Además de ello, según lo descrito también es imperante que ante la constancia de posible cometimiento de un delito se derive un grado de sospecha con suficiente entidad para legalizar intromisiones investigativas como la intervención de líneas telefónicas, siempre y

cuando estas investigaciones recaigan sobre personas determinadas, como producto de indicios que señalen la participación de estas personas en un ilícito tomando como base las reglas de las teorías de la autoría y participación, rechazando con ello las investigaciones destinadas a indagar un grupo en general sin base en la sospecha justificada, pues instaurar un régimen de policía en el seno de las empresas traería más desventajas que recompensas, y serían ciertamente inconstitucionales.

Complementariamente, estos autores hacen hincapié en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad como remisión directa al principio de proporcionalidad desarrollado en esta investigación, demostrando la valía de este principio en cualquier toma de decisiones en las que se confrontan intereses importantes que se pondrán en la balanza a la hora de acreditar determinadas actuaciones, como en este supuesto sería el fin legítimo de investigar delitos, frente a los derechos de los trabajadores y garantías básicas del proceso penal.

Así en el fallo *Barbelescu vs Rumania* se declina la posibilidad de una renuncia incluso expresa (a través de las condiciones contractuales) del derecho a la privacidad, por lo que las limitaciones al derecho a la privacidad sólo podrán producirse en base a un juicio de ponderación frente a las medidas de control y supervisión desarrolladas por la empresa. (Peñaranda, 2022)

Hay que decir también que por privacidad y secreto de las comunicaciones no se puede hablar como si de un sinónimo se tratase. Su diferencia radica en el momento en que se produce la intervención respecto al acto comunicativo. Cuando se interviene el canal de comunicación de manera tal que se accede a ella en el preciso momento en que se realiza la conversación, se estará afectando al secreto de las comunicaciones; mientras que si lo que se reproduce son conversaciones ya acabadas por cualquier medio, lo que se está afectando es el derecho a la intimidad. (Nieto y Lascurain, 2015)

Sin embargo, indistintamente de que se trate de un caso o de otro, lo importante es entender a ambos como derechos fundamentales, los cuales están necesitados de protección por lo que se debe valorar los dos escenarios con la misma rigurosidad respecto a la necesidad de establecer las justificaciones del caso y contar con personal calificado al momento tanto de diseñar las medidas investigativas como al momento de aplicarlas.

Y como ya se adelantó en líneas precedentes para ello juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad. Este principio que es un extraordinario indicador en la ponderación de derechos se desarrolla en base a subprincipios, los cuales se pueden subsumir en:

a. El **subprincipio de idoneidad** impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo, y, en segundo término, que sea idónea para fomentar su obtención; b. De acuerdo con el **subprincipio de necesidad**, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; c. Conforme al **principio de proporcionalidad en sentido estricto**, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. (Bernal, 2014)

Entonces en la creación o establecimiento de las medidas de control e investigación por parte de la empresa la idoneidad de estas medidas intrusivas se legitima por la existencia de un fin legítimo que es el de investigar conductas delictivas, lo cual está amparado por la delegación hecha por el Estado a los particulares, pero además una medida es idónea en la medida en que es apta para obtener determinada prueba, como lo es por ejemplo la entrevista tratándose de averiguar qué y cuánto sabe un trabajador sobre determinado asunto; o la extracción, fijación y análisis de información en ordenadores

tratándose de obtener prueba sobre los correos electrónicos enviados por un sospechoso.

Se puede considerar necesaria una medida, siempre y cuando no exista una menos rigurosa o intrusiva para obtener la información perseguida, como es el caso que propone el COIP respecto a la obtención de muestras en las que es necesario el consentimiento del portador, cuya falta de aquiescencia da paso a obtenerlas de otra forma previa autorización del juez, por lo que la necesidad se mira desde el punto de vista de la posibilidad de acceder a determinado medio de prueba, empezando siempre por la que menos esté en disidencia con garantías fundamentales, y lo cual será producto del análisis concienzudo que los encargados de la investigación deben hacer.

Y en atención a la proporcionalidad en sentido estricto se debe realizar un juicio de ponderación, donde la intromisión investigativa sea la excepción y no la regla, y que en el contexto empresarial debe devenir en que los intereses perseguidos por la investigación interna estén por encima de los derechos con los que tendría confrontación, recordando además que estos requisitos del principio de proporcionalidad deben ser concurrentes y no alternativos.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no es importante únicamente para diseñar medidas o controles que solamente sopesen las consecuencias para el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones o dignidad humana, sino que este juicio de ponderación juega un papel fundamental frente a otra garantía básica del Derecho Penal la cual es la prohibición de autoincriminación.

En ese sentido una versión en que se confiese culpable un trabajador solo puede encontrar fundamento, en la medida en que sea libre y voluntaria, y no producto de una coacción que no debe ser necesariamente de tipo físico, sino que lo más común es que se trate de una constricción de tipo psicológica, pues a fin de cuentas, la alternativa en la que se coloca al empleado, entre perder su trabajo (la base de su sustento) o autoincriminarse, no es exactamente

una elección libre entre hablar o silenciar. En tales circunstancias, una elección racional y sin trabas parece efectivamente imposible. Antes que nada, se puede afirmar que una situación de presión que ponga en peligro la supervivencia del trabajador, desde un punto de vista económico, es capaz de menoscabar su libertad de decidir entre guardar o no silencio. (Pouchain, 2022)

Ahora bien, esta forma de entender estas garantías traspasa el ámbito de lo netamente penal, y en análisis hechos por varios autores respecto a la jurisprudencia norteamericana como la de *State vs Stah* se recalca que no parece plausible obligar a las personas a proporcionar datos biométricos para desbloquear un celular o dispositivo que cuente con una contraseña, ni siquiera con la amenaza que de no hacerlo estaría cometiendo el delito de obstrucción a la justicia, por lo que una confesión obtenida en esos términos afectaría la libertad de las personas y su dignidad y que por ello la prueba obtenida estaría alcanzada por las reglas de exclusión probatoria. (Aboso, 2022); y que en el contexto indagado se traduciría en la prohibición del empresario de llevar a cabo amenazas, incluso de denunciar a las autoridades con el propósito de obtener una confesión del trabajador.

La prueba ilícita como riesgo de las delegaciones investigativas en manos de privados

Y es así que todos estos esfuerzos argumentativos en los que se ha puesto de manifiesto la conculcación de los derechos de los trabajadores, desembocan en una consecuencia intolerable para los fines legítimos del Estado, el de la prueba ilícita. Siendo aquella la que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone de esta forma el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”. (Miranda, 2004)

Es decir que, la institución de la prueba ilícita se opone totalmente a los fines del *Compliance* como estrategia de política criminal para combatir la delincuencia al interior de la empresa, pues a fin de cuentas esta delegación tiene una razón de ser que se encuentra en el reconocimiento de la falibilidad moral humana en el desempeño de sus tareas al interior de la empresa, y a la mejor perspectiva del empresario para controlar e investigar los delitos suscitados dentro de los límites físicos de la empresa, o bien como parte de la actividad económica que desarrolla. (Montaner, 2015)

Esta delegación será considerada una estrategia exitosa de combate contra este tipo particular de criminalidad en la medida en que de esta se derive la obtención de información útil y que pueda ser utilizada en un eventual juicio penal, que permita sobre todo saber qué es lo que ocurrió y qué personas están involucradas en este acto con el objetivo de que la impunidad no signifique un sacrilegio para los fines del Estado, y es justamente la figura de la prueba ilícita la que se contrapone a todas estas finalidades pues podría significar una frustración para la consecución de la justicia, por lo que es imperante recalcar la importancia de observar el principio de proporcionalidad desde el acto primigenio de elaboración de normas y manuales internos y extendiéndose a los actos investigativos y resolutivos adoptados.

Conclusiones

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha traído consigo la delegación de funciones de investigación de conductas delictivas a las empresas como parte de una política criminal en que se busca combatir los delitos que dentro del *numerus clausus* conllevan la responsabilidad penal de las empresas, dada la mejor posición de los funcionarios de la empresa para indagar esta clase de delitos frente a los funcionarios estatales, significando además una reducción en los costes de investigación.

- Los programas de cumplimiento se instituyeron dentro de la responsabilidad penal de la persona jurídica con fines distintos que van

desde la prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico hasta fines más aparejados a la axiología como son la institución de una cultura de la legalidad y la ética al interior de la empresa que se reflejen en una debida diligencia en los negocios de la empresa con respeto a la legislación local como internacional dada la cada vez de mayor complejidad delincuencia económica que ha llevado incluso a sobrepasar fronteras.

- Existe una confrontación clara de intereses en la legislación penal ecuatoriana al mantener un régimen paralelo de atenuantes tanto para la persona jurídica como las personas naturales consistente en la colaboración eficaz con las autoridades en la investigación delictiva, escenario que condiciona posibles trasgresiones de derechos en el esfuerzo por controlar la información, y llegar primero ante las autoridades excluyendo al restante de la posibilidad de acceder a la atenuación de la pena.

- Dentro de los programas de cumplimiento las investigaciones internas son uno de los elementos cuyo fin es utilizar los mecanismos de los que dispone la empresa para investigar posibles conductas que atentan contra los códigos y reglamentos de la empresa así como contra sus objetivos de negocio, permitiéndole a las empresas recabar información y corregir fallos de su programas o anticiparse a la respuesta jurídico penal del Estado, incluyendo la decisión de colaborar con las autoridades en procesos en los que les puedan acarrear responsabilidad penal.

- Estas investigaciones internas llevadas a cabo por particulares tienden a la vulneración del derecho a la intimidad y del secreto a las comunicaciones si no se realizan adecuadamente. Sobre todo, los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios apuntan a que es necesario que frente al uso de TICs el empresario informe a sus trabajadores la prohibición de usar tales tecnologías para fines personales, y que las medidas de control que decida adoptar sean autorizadas en base a un test de ponderación en que la urgencia, la necesidad, los fines legítimos

y las sospechas fundadas sean considerados en todo momento.

- Además de ello, los trabajadores que sean entrevistados deben dar su versión de forma libre y voluntaria, estando totalmente prohibido coaccionarlos para obtener su confesión respecto a la comisión de un delito porque aquello estaría transgrediendo la prohibición de autoincriminación, coacción que puede ser entendida inclusive como la amenaza de que sean sancionados disciplinariamente con el despido lo que sin duda condiciona su libertad e implica viciar su testimonio.

- Para que estas medidas investigativas estén en consonancia con la legalidad es necesario que se adecuen con el principio de proporcionalidad, el cual impone la necesidad de observar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto al momento de la elaboración y aplicación de estas medidas en un juicio de ponderación necesario entre las diligencias investigativas y los derechos fundamentales de los trabajadores.

- La institución de la prueba prohibida va en contra de los fines de la delegación de funciones investigativas a la empresa, pues aquellas pruebas que son obtenidas con violación de los derechos fundamentales de los trabajadores no pueden ser usadas como material probatorio en un eventual juicio penal lo que sin duda conllevaría un evidente fracaso de la estrategia del Estado para combatir esta clase de criminalidad, por lo que el compromiso de la empresa debe ser la de contar con personal calificado y especializado para que las investigaciones sean desarrolladas con respeto a garantías fundamentales de los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Aboso, G. E. (2022). Desbloqueo coactivo de datos biométricos y nemo tenetur se ipsum accusare. *Rubinzal-Culzoni*, Artículo 244/2022, 8.
- Alexy, R. (2014). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. *Parlamento Y Constitución*. Anuario(16), 9–28.

- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5299976.pdf>
- Álvarez, A. (2020). La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*(151), 275–292. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464154>
- Constitución de la República del Ecuador, Fiel Web (20 de octubre/2008 y rev. Tercer Suplemento del Registro Oficial 377, 25-I-2021).
- Código Orgánico Integral Penal, Fiel web (10 de febrero/2014).
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Cuarta edición (actualizada)). Universidad Externado de Colombia.
- Cano Pita, G. (2018). Las TICs en las empresas: evolución de la tecnología y cambio estructural en las organizaciones. *Domínio de las Ciencias*, 4(1), 499–510. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6313252>
- Carrau Criado, R. (2016). *Compliance para pymes* (1ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Caso Rueda Vs. España, 32600/12 6 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de mayo de 2017).
- Del Rosal Blasco, B. (2018). Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa. *Diario La Ley*(9180), 1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6372932>
- Gómez Colomer, J.-L. y Madrid Boquín, C. M. (Eds.). (2019). *Tratados. Tratado sobre compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch.
- Heredia Iraurgi, P. J. B. de (Ed.). (2014). *Ética y actividad empresarial*. Biblioteca Nueva. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/kxp/detail.action?docID=5756337>
- Künsemüller Loebenfelder, C. (2019). *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el código chileno: Doctrina, jurisprudencia, política criminal, derecho comparado* (1ª ed.). *Monografías*. Tirant lo Blanch.
- Lledó Benito, I. (2018). *Corporate compliance : la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables* (1ª ed.). Dykinson.
- Matallín Evangelio, Á. (2018). *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (1ª ed.). *Monografías*. Tirant lo Blanch; Publicacions de la Universitat de València.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2da. edición). VLex. BOSCH EDITOR.
- Montaner Fernández, R. (2015). El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2704>
- Montiel, J. P. (2013). Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 251–277. <https://www.proquest.com/docview/1462829078/fulltextPDF/AD562DAC33BF4921PQ/1?accountid=142712>
- Nieto Martín, A. (2013). Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*(D-247), Artículo 8120, 36 (Instituto de Derecho penal europeo e Internacional. UCLM).
- Nieto Martín, A. y Lascurain Sánchez, J. A. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (1ra.). Tirant lo Blanch.
- Ontiveros Alonso, M. (2014). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Tirant lo Blanch.

- Peñaranda Ezpondaburu, A. (2022). Límites y riesgos de las investigaciones internas en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Wolters Kluwer*, Artículo 11546/2022, 4.
- Pouchain, P. (2022). Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas: Prohibición probatoria según la imputación al Estado. *InDret*, Artículo 4.2022, 85. <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/1739.pdf>
- Prada Rodríguez, M. (2014). Responsabilidad penal de la empresa: Las investigaciones internas. *Anuario Jurídico Villanueva*, 8, 287–306. <https://digiuv.villanueva.edu/handle/20.500.12766/36>
- Puyol, J. (2017). *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “Whistleblowing”* (1ª ed.). *Guías prácticas*. Tirant lo Blanch.
- Regner, G. (2018). “Tone-at-the-top”: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia. *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, 211–216. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6481768>
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 255452/2011, La Ley (2011, 6 de octubre).
- World Compliance Association. (2019). *Guía de implementación de compliance para pymes: Manual práctico de implementación* (Mayo). WCA.
- Zugaldía Espinar, J. M., Moreno-Torres Herrera, M. R., Pérez Alonso, E. J., Marín de Espinosa Ceballos, E. B. y Ramos Tapia, M. I. (2010). *Fundamentos de derecho penal: Parte general* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.