

NÚMERO ESPECIAL: DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL

EDITOR INVITADO: JAVIER WILENMANN

PRIVATIZACIÓN FORZADA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO CUESTIONES DE LEGITIMIDAD*

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO**

Resumen

El trabajo versa sobre la tendencia de política criminal que se observa en los últimos años a nivel internacional, consistente en el traspaso más o menos coactivo de tareas de prevención y esclarecimiento de delitos, que son propias del sistema estatal de justicia penal, a agentes privados, específicamente a las empresas y a quienes están a cargo de ellas, y sobre las dudas de legitimidad (y, eventualmente, de constitucionalidad) que algunas de las manifestaciones de esta “privatización forzada” del Derecho penal económico plantean. Específicamente, se pasa revista a la imposición de deberes de actuación en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, de la prevención del lavado de dinero, de la responsabilidad penal por los hechos de los empleados, así como al desafío inédito que plantea a las garantías tradicionales del proceso penal el desarrollo, bajo presión estatal, de “investigaciones internas” corporativas.

Palabras clave: *Privatización forzada; compliance; responsabilidad penal de los directivos de empresa; responsabilidad penal de las personas jurídicas; investigaciones internas*

INTRODUCCIÓN

El comienzo de la instauración del Derecho Penal como una tarea estatal (oficial o pública), aun cuando en ese momento no existía todavía un Estado en sentido

* Una versión preliminar de este trabajo se presentó en el Seminario internacional sobre Derecho constitucional penal comparado, realizado los días 27 y 28 de junio de 2019 en Santiago de Chile, en las Universidades Adolfo Ibáñez y Diego Portales. Artículo recibido el 21 de enero de 2020, aceptado para su publicación el 12 de febrero de 2020.

** Universidad Diego Portales, Chile (hector.hernandez@udp.cl).

moderno, se sitúa en algún momento de la Baja Edad Media.¹ Desde entonces, el castigo por lo que se define como delito se justifica en la defensa de intereses públicos y se ejerce por el aparato estatal. Si bien es cierto que la identificación del Derecho Penal con el Estado nacional se ha visto crecientemente afectada desde la segunda postguerra mundial por la *internacionalización* del Derecho Penal, en general este siguió siendo entendido como un cometido esencialmente estatal, incluso a pesar de la creciente tendencia, al menos en algunos contextos regionales (Centro y Sudamérica, por ejemplo), a reconocer un problemático rol protagónico a las víctimas de los delitos en el fundamento y funcionamiento del sistema de justicia penal.

Algo distinto, sin embargo, es lo que se viene apreciando en los últimos años, con la creciente transferencia de tareas propias del sistema penal a agentes privados, particularmente a las empresas, en lo que podría calificarse como un proceso de “privatización” del Derecho Penal. Pero no una privatización en el sentido habitual de una transferencia de tareas que son de algún modo queridas y hasta apetecidas por estos agentes, sino más bien de todo lo contrario, de la *imposición* de cargas públicas a ellos, en el contexto (y como componente central) de una política criminal fundada en la convicción de la relativa incapacidad de los poderes estatales para la prevención, detección, persecución y enjuiciamiento de la actividad delictiva que tiene lugar al interior de las empresas o aun en los ámbitos en los que estas se desempeñan, actividad delictiva que es difícilmente pesquizable (al menos en forma oportuna) desde afuera del mundo empresarial. Se asume que quienes se encuentran en mejor posición para detectar y controlar posibles desarrollos delictivos al interior de las empresas y en su campo de actividad son las propias empresas o quienes están a cargo de ellas. La asunción se basa en el hecho de que es en la empresa misma donde se cuenta con la mayor y mejor información sobre lo que ocurre en ella o en su contexto de interacciones, en la medida en que es ahí donde se acumula (y, por regla general, se atesora celosamente) la experiencia y el conocimiento experto sobre sus procesos relevantes y el entorno de sus negocios. Si a esto se agrega que, en algunos casos, tratándose de aquellas de grandes dimensiones y volumen de actividad, las empresas disponen de recursos de todo tipo que emulan y hasta superan las capacidades del Estado, también en cuanto a potencial de control de posibles conductas delictivas, la racionalidad de esta suerte de “privatización forzada” de tareas en este ámbito aparece como indubitable.

Como es obvio, sin embargo, la racionalidad de una política criminal no lo es todo a la hora de evaluar su legitimidad. Y es manifiesto que la estrategia de “privatización forzada” de tareas propias del sistema de justicia penal plantea una serie de dudas al respecto, algunas de las cuales incluso podrían ser de relevancia constitucional, en la medida en que se incide de un modo más o menos intenso en la esfera de derechos de diversos sujetos.

Las páginas siguientes se dedican a la presentación de tales dudas, tomando como hilo conductor la presentación de diversas manifestaciones del proceso de privatización aludido. En cada caso se podrá apreciar, sin embargo, que tanto los

1 Así, respecto del Derecho castellano, con avances y retrocesos a lo largo de siglos, TOMÁS Y VALIENTE (1992), pp. 24 ss.

derechos puestos en tensión como los sujetos afectados pueden variar, lo que da cuenta del carácter multifacético de las consecuencias del proceso. Así, se podrá ver que, no obstante ser este el primer y principal ámbito de posibles tensiones (*infra* 1 a 3), no solo se pueden ver afectados distintos derechos de aquellos a quienes se imponen las cargas en cuestión (la empresa y quienes están a cargo de ella), sino también los de otros sujetos, como ocurre paradigmáticamente con los empleados de la empresa, en el contexto de las “investigaciones internas” (*infra* 4), o con sus clientes, en el contexto de la estrategia contra el lavado de dinero (*infra* 2).

Desde otra perspectiva, una evaluación de la legitimidad del proceso no puede pasar por alto la distinta *naturaleza* de los sujetos a quienes se imponen las cargas (personas naturales y jurídicas), en particular en lo concerniente a los derechos de los que pueden ser titulares y a los alcances específicos de tales derechos. Tanto este asunto general como la cuestión más específica en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas son, por cierto, independientes del proceso de privatización forzada del Derecho Penal que se describe, pero, como se verá, es en el contexto de este proceso que han adquirido una actualidad prácticamente universal, en la medida en que es la estrategia de privatización la que subyace sin duda a la universalización reciente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y parece dominar la práctica actual de su persecución en el mundo anglosajón, donde dicha responsabilidad tiene su origen (sobre estos asuntos *infra* 3).

El presente trabajo no pretende ni una exposición de detalle de las distintas manifestaciones del proceso de privatización forzada del Derecho Penal económico ni resolver las distintas dudas de legitimidad que se plantean a propósito de ellas, sino simplemente llamar la atención respecto de un proceso que también se aprecia en el Derecho chileno y que, no obstante, no ha sido hasta ahora, al menos en cuanto tal, objeto de atención académica en nuestro medio. Mediante la presentación de múltiples cuestiones problemáticas que el proceso plantea a los derechos de distintas personas en distintos niveles, se quiere contribuir principalmente a la identificación de cuestiones que requieren atención pormenorizada, sin perjuicio de que se adelanten puntos de vista que pueden ser útiles para esa tarea.

I. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS *PRIMA FACIE* “CORRECTOS” YA COMERCIALIZADOS

Una primera manifestación de privatización, aunque tan sutil que no parece implicar cuestiones de legitimidad, se encuentra en la relativamente temprana imposición de deberes jurídico-penalmente reforzados de control de *productos* potencialmente peligrosos, incluso después de haber sido comercializados (esto es, “más allá de los muros de la fábrica”), control para el cual el conocimiento técnico y las posibilidades de seguimiento de las empresas fabricantes a través de sus canales de comercialización y de servicio al cliente se consideran en general insustituibles.²

2 Una visión actual de conjunto de la discusión alemana, emblemática en el Derecho europeo-continental, puede verse en KUHLEN (2019). Para Chile CONTRERAS (2015) y HERNÁNDEZ (2017).

No se alude, por cierto, a la responsabilidad por productos *defectuosamente* elaborados, respecto de los cuales, en rigor, los deberes del fabricante no requieren de ninguna justificación especial, pues no son más que corolario de la responsabilidad por las consecuencias nocivas de una conducta ilícita. Tampoco de la responsabilidad por los daños que producen las cosas que se encuentran bajo el control de la empresa, responsabilidad que desde antiguo se ha considerado la contrapartida obvia de ese poder de control, exclusión y goce (naturalmente es responsabilidad de la empresa que sus instalaciones y procesos no lesionen a sus trabajadores ni contaminen de un modo no permitido el ambiente, por ejemplo).³ Lo peculiar de estos casos es que, por una parte, se trata de productos elaborados *correctamente*, es decir, conforme a los estándares de seguridad vigentes y al horizonte de conocimiento disponible al tiempo de la elaboración, y que solo con posterioridad se revelan dañinos, en tanto que, por otra parte, ya no se encuentran bajo el control de la empresa y, muchas veces, ni siquiera bajo el control de los distribuidores y comerciantes, sino que en algún rincón del hogar de miles o millones de consumidores anónimos. Se trata, en consecuencia, de casos en los que, de acuerdo con los criterios tradicionales, no existía un deber jurídico-penalmente reforzado de actuación para el fabricante, que es lo que ha venido a cambiar.

Si esta peculiaridad pudo haber generado dudas sobre la procedencia y justificación de una “posición de garante” de las empresas, en virtud de la cual les cabe el deber de realizar todos los esfuerzos exigibles para evitar que esos productos ya distribuidos causen daño, en la actualidad esas dudas ya no existen y se entiende que, por la mejor posición para detectar el riesgo y conjurarlo, unida al beneficio que para la empresa acarrea la elaboración y comercialización de sus productos, es esta la que debe cargar con esta responsabilidad, también desde un punto de vista penal.⁴ Al margen de la intensa discusión sobre la correcta articulación dogmática de la solución, esta resulta tan convincente que, hasta donde se alcanza a ver, no ha despertado cuestionamientos de legitimidad.

II. RESPONSABILIDAD POR LA POSIBLE INSTRUMENTALIZACIÓN (AJENA) DEL PROPIO QUEHACER

Pero si lo anterior puede entenderse aún como una consecuencia natural de las posibilidades prácticamente únicas de control de la empresa respecto del riesgo que representan sus productos que devienen defectuosos, el asunto ya no se ve con tanta claridad si se consideran los deberes impuestos a distintos entes del sector financiero en el contexto de la estrategia, de alcances internacionales, de combate del *lavado de dinero*. Se trata de bienes provenientes de actividades delictivas de distinto tipo, desarrolladas principalmente por terceros ajenos al sector que, en la medida en que su origen delictivo pueda quedar oculto por su integración a los flujos financieros

3 Sobre esto ROXIN (2003), pp. 747 ss. (número marginal 108 ss.); en la literatura chilena, referencias someras en HERNÁNDEZ (2013), pp. 558, 562 ss.

4 Así, para Chile, CONTRERAS (2015), pp. 274 ss., 278 ss.

de la economía legal, quedan en condiciones de ser aprovechados por quienes desarrollan las actividades delictivas subyacentes, además de poder ser reutilizados con otros propósitos delictivos. Como es obvio, no se trata en este caso de un peligro que pueda ser imputable al sector financiero, sino de un riesgo respecto del cual a los actores de dicho sector (supuesto que no sean partícipes del proceso de lavado) se les puede atribuir más bien la calidad de *víctimas*, en cuanto serían instrumentalizados por los sujetos interesados en el ocultamiento del origen de los bienes en cuestión.

No obstante, en vez de emplear su aparato de persecución penal o su institucionalidad administrativa de fiscalización del sector financiero, para la identificación temprana de esos bienes y su decomiso, desde la década del 90 del siglo pasado es un dato universal que el Estado enrola coactivamente para esos fines a los agentes de dicho sector y los obliga a realizar a su costa una serie de actividades, en principio ajenas e incluso contrarias a su giro (por ejemplo, por la afectación de la relación de confianza con los clientes), tales como dar cumplimiento a ciertos deberes de organización interna, de registro de operaciones, de pesquisa de antecedentes de sus clientes y de las operaciones de estos, así como de denuncia de operaciones calificadas como sospechosas, entre otras,⁵ lo que constituye una verdadera forma de exacción fiscal, una suerte de “exacción de guerra” en la guerra contra el crimen organizado. A modo de ejemplo, según cifras de los años 90 del siglo pasado (época en que los deberes eran mucho menos extensos e intensos que en la actualidad), la satisfacción de estos deberes por parte de las instituciones de crédito alemanas representaba como mínimo costos de 1.500 millones de marcos alemanes (unos 760 millones de Euros).⁶

Cuando se habla aquí de imposición *coactiva* de estos deberes es porque su incumplimiento lleva aparejada la imposición de sanciones administrativas, cuando no derechamente responsabilidad penal. Mientras que respecto de la responsabilidad penal por el producto lo que se castiga no es el incumplimiento en sí de un deber de control sino el daño que ocasionan los productos peligrosos, en materia de lavado de dinero se castiga sin más la falta de colaboración con el Estado (*rectius*: la falta de asunción de tareas que le conciernen a este), no solo en la prevención del lavado de dinero, sino también, por la vía de la denuncia, en su detección, persecución y castigo por parte del sistema de justicia penal.

La justificación del mecanismo no es evidente. Una manera amable de verlo es presentarlo como un “mal menor” para la empresa, como una carga mucho menos disruptiva que la que representaría la alternativa teórica consistente en estar sometida a un sistema de autorizaciones administrativas previas o tener instalado en sus dependencias un comisario estatal, encargado de la supervisión del funcionamiento interno.⁷ Pero sigue siendo cierto que aquí no se trata de la prevención y represión de daños imputables a las empresas, sino a terceros, entre ellos sus clientes. Sin embargo,

5 Una presentación actualizada de estos deberes en el Derecho chileno en ALBERTZ (2019), pp. 83 ss.

6 WERNER (1996), p. 104.

7 Así lo veía, por ejemplo, TIEDEMANN (1976), p. 79, en su célebre revisión del principio de *ultima ratio*.

hasta donde se puede ver, las posibles dudas de constitucionalidad de esta imposición, al menos desde la perspectiva del sector financiero, no tuvieron mayor destino.⁸

Cabe destacar, por último, que en esta estrategia podría verse eventualmente también una afectación de la esfera de derechos de los *clientes* del sistema financiero, en cuanto deben entregar información más o menos sensible sobre su actividad económica a entidades que les prestan servicios, pero que han sido enroladas por el Estado para que acopien dicha información, la analicen y, sobre esa base, eventualmente, los denuncien como sospechosos de un delito. La protección tradicional de informaciones de este tipo, paradigmáticamente mediante el *secreto bancario*, ha cedido siempre, por cierto, ante las necesidades de la justicia penal, pero mientras lo normal era que esto ocurriera solo sobre la base de sospechas concretas de actividad delictiva, en este ámbito se ha creado un sistema que analiza primero toda la información en busca de posibles sospechas. Con todo, no parece que esto haya tenido el peso suficiente para fundar una objeción constitucional,⁹ tampoco en Chile, a pesar de la protección extrema que, en perspectiva comparada, le ha prodigado el Tribunal Constitucional al secreto bancario entre nosotros.¹⁰

III. RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE LOS EMPLEADOS

Más allá de regulaciones específicas para ciertos delitos, la tendencia general apreciable en los últimos años es la de hacer penalmente responsables a la empresa o a quienes están a cargo de ella por los delitos resultantes de su funcionamiento, no solo respecto de los daños provenientes de las *cosas*, como era lo tradicional (*supra* 1), sino también de las *personas* que se desempeñan en la empresa, aunque estas

8 En el caso alemán, como informa WERNER (1996), pp. 105 ss., el asunto se ha planteado, aunque sin llegar a someterse a la decisión del Tribunal Constitucional Federal, desde la perspectiva de la libertad en el ejercicio de la profesión (*Berufsausübungsfreiheit*), garantizada por el Art. 12 de la Ley Fundamental alemana, descartándose la objeción por la vía de comparar los montos involucrados con los que imponen otras cargas públicas, como el pago de impuestos o de impositivos previsionales, sin que se viera una diferencia entre esas cargas comunes a cualquier empleador o comerciante y que son contraprestación del beneficio que se obtiene de la libertad de empresa, con una carga específica destinada a prevenir la actividad delictiva de otros. En los Estados Unidos el modelo específico de prevención del lavado de dinero no parece haber sido objeto de debate desde la perspectiva de la protección de la V Enmienda de la Constitución contra expropiaciones (*takings*) sin justa compensación, en particular contra las llamadas *regulatory takings*. Una aproximación penal al tema, aunque sin tratar el punto aquí discutido, puede verse en STRADER (1996).

9 Sobre la discusión alemana en los años 90, bajo el concepto de autodeterminación informativa, WERNER (1996), pp. 94 ss.

10 En cuanto a no considerar suficiente la exigencia de autorización judicial previa, exigiendo audiencia bilateral. Véanse al respecto STC Rol N° 349 (2002); Rol N° 389 (2003); Rol N° 417 (2004); o, recientemente, Rol N° 5540 (2018). Si los fallos anteriores versaban sobre las facultades de órganos administrativos, la STC Rol N° 433 (2005) recayó sobre las atribuciones del Ministerio Público para investigar casos de tráfico ilícito de drogas. Afortunadamente las solicitudes del Ministerio Público tenían otros fundamentos normativos cuya constitucionalidad no fue negada, con lo cual el fallo quedó sin mayores efectos prácticos. Con posterioridad el Tribunal ha validado que, al menos para las solicitudes del Ministerio Público, basta con autorización judicial, cfr. STC Rol N° 2764 (2015).

sean plenamente responsables, lo que implica la imposición de un deber jurídico-penalmente reforzado de vigilar a los dependientes de la empresa con fines de prevención delictiva y, con ello, el traspaso coactivo de una clásica tarea estatal.

La estrategia exhibe un avance arrollador en el Derecho comparado. Respecto de las personas naturales a cargo de la empresa, doctrinas como la *delegation doctrine* como base de *vicarious liability*¹¹ o la del *responsible corporate officer*¹² en el mundo anglosajón o doctrinas similares en ciertos ordenamientos europeo-continenciales, como es el caso del Derecho francés y su *responsabilité pénale du fait d'autrui*,¹³ han provisto desde antiguo de una base para responsabilizar al directivo de empresa por hechos delictivos de los subordinados, a lo que se suma en las últimas tres décadas el avance hacia resultados similares en ordenamientos influidos por la dogmática jurídico-penal alemana, por la vía de la atribución a los directivos de *deberes de garante de vigilancia* respecto de los subordinados.¹⁴ Por otra parte, mientras la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue por largo tiempo una particularidad del Derecho anglosajón y de ordenamientos influidos por él, las últimas tres décadas también están signadas por el avance de dicha responsabilidad en prácticamente todos los ordenamientos.¹⁵

El punto en que tiende a coincidir la tradición anglosajona con el desarrollo reciente del Derecho europeo-continental y que permite, además, hablar con propiedad de una “estrategia” de política criminal consistente en el traspaso de tareas de prevención delictiva al mundo empresarial, es en el reconocimiento a los esfuerzos desplegados por la empresa y sus responsables por prevenir la actividad delictiva en la organización, esto es, en la importancia que se le atribuye a ese verdadero concepto mágico y omnipresente que es el *compliance*. En efecto, no se trata simplemente del castigo de un directivo o de la persona jurídica en su propio mérito, sino que del enrolamiento de aquel y de esta para un esfuerzo conjunto por la prevención de delitos, sobre la base de un sistema que incentiva y premia el esfuerzo serio con la exención de responsabilidad, aun cuando no haya sido posible evitar puntualmente la comisión de un delito.

Esto es evidente respecto de las legislaciones más recientes sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de influencia europeo-continental, donde la consideración del esfuerzo preventivo es una nota sumamente extendida,¹⁶ al punto

11 Sobre esto SIMESTER et al. (2013), pp. 271 ss.

12 Sobre esto STRADER (2011), pp. 28 ss.

13 Sobre esto VARINARD (2012), pp. 484 ss.

14 Una visión de la evolución del asunto en algunos ordenamientos europeo-continenciales puede verse en HERNÁNDEZ (2013), pp. 550 ss.; una visión de conjunto relativamente actual de la situación en Alemania, donde la literatura pertinente se ha vuelto inabarcable, puede verse en BÜLTE (2015), pp. 127 ss.; para Chile PIÑA (2005), HERNÁNDEZ (2008), NOVOA (2008).

15 Una visión de conjunto internacional en PIETH e IVORY (2011). Para Chile, entre otros, HERNÁNDEZ (2010), PIÑA (2012), ARTAZA (2013).

16 Así, claramente en Italia, seguida ahora por España, o en Chile. También, y desde antes, en el

que no sería arriesgado afirmar que la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas se justifica precisamente como un mecanismo que, por esta vía, compromete al mundo empresarial con la prevención de los delitos. Y lo es también, como es obvio, respecto de la imputación de responsabilidad a los individuos a cargo si, en la misma tradición jurídica, esta descansa sobre el incumplimiento de deberes exigibles de vigilancia.

Lo anterior podría no parecer de recibo en la tradición anglosajona, cuyas raíces obedecen a razones bien distintas y cuyas regulaciones y práctica jurisprudencial siguen estando fundamentalmente basadas en el hecho mismo y en la posición del sujeto en la empresa, pero es indudable que el esfuerzo preventivo viene jugando un rol fundamental tanto en la decisión de persecución como en las consecuencias que se les imponen a las personas jurídicas, y está empezando a aparecer como factor determinante del *si* de la responsabilidad en algunas regulaciones particulares al respecto.¹⁷ Debe reconocerse, sin embargo, que no puede decirse lo mismo respecto de la imputación a los individuos a cargo de la empresa, pues, a pesar de la discusión sobre los exactos alcances de las doctrinas jurisprudenciales, es claro que la posibilidad de exención de responsabilidad en los ámbitos en que ellas se aplican es marginal, lo que desde una perspectiva continental levanta *per se* una objeción grave de legitimidad constitucional.

Ahora bien, las posibles objeciones de legitimidad contra esta tendencia no han girado, hasta donde se alcanza a ver, en torno a la transferencia misma de tales deberes de vigilancia (a pesar de los ingentes gastos que puede acarrear el diseño, implementación y aseguramiento permanente de un adecuado modelo de *compliance*),¹⁸ sino que en torno a ciertos alcances que exhibe la responsabilidad penal fundada en su infracción. Al respecto se debe distinguir entre la responsabilidad penal de las personas naturales con cargos directivos en la empresa y la que toca a las empresas propiamente tales (o, más correctamente, a las personas jurídicas a través de las cuales se expresa jurídicamente la empresa), porque su distinta naturaleza incide en los términos de la discusión sobre la legitimidad de la estrategia de control.

Respecto de la posible responsabilidad penal de directivos de empresa por los hechos de sus subordinados, la gran preocupación debiera ser que esta se base

Derecho administrativo sancionador alemán, en la medida en que el incumplimiento de deberes de supervigilancia es esencial para la activación del § 30 OWiG por referencia del § 130 OWiG, el caso más importante de responsabilidad de las personas jurídicas en ese país.

17 Es lo que se expresa, además de en la práctica de los llamados DPA (*Deferred Prosecution Agreements*) y NPA (*Non-Prosecution Agreements*) de los fiscales estadounidenses, en las consecuencias de un buen modelo de cumplimiento para las *Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991 en el mismo país, así como en la referencia expresa a la infracción de deberes de vigilancia en estatutos modernos en el Reino Unido, como la *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* o la *Bribery Act*.

18 En Chile, la preocupación legislativa al respecto se reflejó en la discusión sobre si el modelo de prevención de delitos descrito en el art. 4° de la Ley N° 20.393 era obligatorio o no, considerándose precisamente lo que la respuesta implicaría para las pequeñas y medianas empresas.

efectivamente en la infracción culpable de sus deberes de vigilancia¹⁹ y no se trate simplemente de una responsabilidad “por el cargo”, apenas distinguible de la *responsabilidad objetiva*. Los temores al respecto tienen base de sobra. Así, por ejemplo, en el ámbito anglosajón se reconoce sin ambages que las doctrinas aplicadas están emparentadas con la *strict liability*,²⁰ en tanto que la jurisprudencia alemana que hace efectiva la responsabilidad penal del empresario (*Geschäftsherrenhaftung*) no está exenta de la sospecha de infringir los principios de responsabilidad por el hecho y de culpabilidad.²¹ Esta debe ser una preocupación de la mayor importancia, particularmente porque puede adivinarse una tendencia a relativizar garantías a partir de la constatación, completamente certera, de que en este ámbito los imputados no responden al perfil clásico de un sujeto vulnerable ante un Estado omnímodo, sino que se destacan por su poder económico y social. Pero por poderosos que puedan ser los imputados, no se aprecia cómo ese poder suyo podría estar en condiciones de legitimar modelos de responsabilidad penal por el cargo u otras alteraciones de reglas básicas que condicionan la legitimidad del castigo penal.

Respecto de las *personas jurídicas* y su responsabilidad penal, si se da por superado el debate sobre si dicha responsabilidad pudiera ser *en cuanto tal* inconstitucional,²² las dudas de constitucionalidad tienen que ver con la aplicación *diferenciada* de las garantías penales, tanto sustantivas como procesales, a las personas jurídicas. Si bien existe cierta resistencia en la tradición europeo-continental a aceptar diferencias en materia de garantías jurídico-penales, en la medida en que para el Derecho constitucional es evidente que los entes no son titulares de los mismos derechos, en tanto que, cuando

19 Sea que se les castigue por esa infracción en cuanto tal, sea que se les castigue, como es habitual en el Derecho comparado, por la no evitación de un resultado típico que tenían el deber, en cuanto garantes, de impedir, caso en el cual se impone precisamente la pena correspondiente al delito no evitado, representando la infracción del deber de vigilancia sólo una de las formas que adopta la infracción del deber del garante.

20 Cfr. STRADER (2011), pp. 28 ss.; SIMESTER et al (2013), pp. 270 ss. Si la *strict liability* es, en rigor, una forma de responsabilidad objetiva, que es lo que al menos a primera vista sugieren sus presentaciones, es algo que puede quedar sin responder aquí. Lo que está fuera de discusión es que, aunque se tratara de una forma compatible conceptualmente con el principio de culpabilidad (y caracterizada más bien por una inversión de la carga de la prueba y un estándar muy exigente de diligencia), estaría muy lejos de los estándares de legitimidad imperantes en la tradición jurídico-penal europeo-continental.

21 Al respecto, la crítica ya clásica de HEINE (1995), pp. 161 ss.

22 Por las razones tradicionales, consistentes en que las personas jurídicas no serían capaces ni de acción ni de culpabilidad, de modo que castigarlas con *penas* implicaría abandonar presupuestos básicos de legitimidad del Derecho penal. Así, por ejemplo, se lee en el voto disidente del magistrado Zaffaroni en el fallo de la Corte Suprema argentina en causa *F.M.S.R.L.* (2006), fundamentos 5° a 8° y 11° (el voto de mayoría, coincidente con la disidencia en cuanto a no darle la razón al recurrente, no entra, sin embargo, al fondo del asunto). Llevar esas objeciones al plano del análisis de compatibilidad constitucional de una disposición legal implica pasar por alto que no es el Derecho penal en cuanto tal, sino las personas a las que este se aplica las que tienen ciertas garantías, y que existen diferencias indudables entre las garantías de que son titulares las personas naturales (entre ellas, la de no ser castigado si no se es capaz de acción ni de culpabilidad) y las personas jurídicas, respecto de las cuales es absurdo reconocerles garantías incompatibles con su propia naturaleza. Sobre esto, que es la verdadera dimensión constitucional del asunto, se abunda en seguida en el texto.

sí lo son, no necesariamente los ejercen del mismo modo ni con los mismos alcances, parece claro que la aplicación diferenciada se impone por la sola naturaleza de las cosas.²³ En vez de un debate sobre lo que debiera ser el Derecho Penal, que gira naturalmente en torno a la dignidad de la persona humana, lo que se requiere en este ámbito específico es un genuino debate constitucional sobre los derechos que les asisten a las personas jurídicas imputadas como responsables de un delito.

La posibilidad de este debate surge, como se ha dicho, de la distinta naturaleza y del distinto *status* jurídico que se les reconoce (y puede reconocérseles) a las personas jurídicas, permitiendo que surjan consideraciones de política pública que serían difícilmente admisibles tratándose de la responsabilidad penal de personas naturales. Tanto desde un punto de vista sustantivo (presupuestos de responsabilidad necesariamente anclados al hecho de otros, continuidad de la responsabilidad en caso de cese de la existencia legal de la persona jurídica,²⁴ etc.) como procesal (desconocimiento o minimización del derecho a no auto-incriminarse de la persona jurídica en cuanto tal,²⁵ negación o restricción del secreto profesional tratándose de abogados *in House*,²⁶ etc.) se asiste a una redefinición (o simplemente a la definición fundacional) de los derechos de la persona jurídica en materia penal, que si bien desde cierta perspectiva puede entenderse como un genuino recorte de garantías, desde otra se deja leer como la simple y necesaria adaptación de dichas garantías a la naturaleza del sujeto, en muchos casos para evitar privilegios indebidos en comparación con lo que rige para personas naturales.

Adicionalmente, es indudable que este espacio de mayor indefinición y sensible a consideraciones de política pública, permite hacerse cargo de la indudable mutación sufrida por el contexto en el que se da el conflicto penal cuando están involucradas empresas, sobre todo grandes empresas. Ya se mencionó el (inaceptable) efecto potencial de la constatación del poder de ciertas personas naturales imputadas para la comprensión de ese contexto, lo que se ve exacerbado tratándose de grandes empresas. Mientras que en el contexto originario (y en buena medida aún vigente en el ámbito de la delincuencia común) el conflicto penal era uno entre un Estado poderoso y un imputado vulnerable que lo único que tenía eran sus garantías, la tensión entre el Estado punitivo y la empresa imputada suele ser, supuesta la existencia de un Estado de Derecho, una tensión entre poderes más o menos equivalentes, cuando no deba reconocerse derechamente la impotencia del Estado ante un contendiente más poderoso. Como sea, esta última reflexión, aunque

23 En Chile, véase ALDUNATE (2008), pp. 157 ss.; en materia penal, HERNÁNDEZ (2010), p. 213; HERNÁNDEZ (2015), pp. 238 ss.

24 Una defensa de esta continuidad, cuya legitimidad ha sido discutida, HERNÁNDEZ (2019), pp. 912 ss., con referencias. Otro juicio puede merecer la crítica a una solución exclusivamente jurisprudencial, de muy dudosa constitucionalidad atendida la vigencia del principio de reserva legal en materia penal.

25 Un panorama de la discusión comparada y una toma de posición minimalista para Chile, HERNÁNDEZ (2015).

26 Por ejemplo, en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en casos *AM & S/Comisión* (1982), y *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión* (2010).

probablemente esté también en el trasfondo de la discusión sobre los alcances de los derechos de la persona jurídica, no parece ser decisiva al respecto. Como se ha dicho, la aplicación diferenciada de las garantías obedece más a diferencias objetivas entre los distintos tipos de sujetos en cuestión que a una reconsideración del sentido de las garantías en el conflicto penal.

IV. LA PRIVATIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL: INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS

El fenómeno más novedoso al que se asiste en el último tiempo corresponde a una arista diferente, que parece tener implicancias constitucionales de gran calado, que dicen relación con el *status* no ya de los sujetos a quienes se han impuesto deberes de vigilar y controlar, sino que de los vigilados y controlados. Se trata del desarrollo, como consecuencia práctica de la imposición de deberes de *compliance*, de las llamadas *internal investigations* en el seno de las compañías y sus conexiones con el proceso penal estatal.²⁷

Nótese que no se trata de la prevención de delitos sino del esclarecimiento de delitos ya perpetrados. No puede dudarse, por cierto, que el esclarecimiento de una actividad delictiva al interior de la empresa puede servir para que tal actividad no vuelva a repetirse, pues permite remover a los responsables, identificar los puntos débiles de la gestión y adoptar medidas de mejora. Desde esa perspectiva, un buen sistema de investigaciones internas debiera ser un componente relevante de cualquier programa de cumplimiento o prevención de delitos.

Pero otra cosa es, sin embargo, que las investigaciones internas sirvan fundamentalmente a los fines del sistema penal, que funcionen como actividad previa fundamental para el éxito de la ulterior persecución penal estatal, que es lo que se aprecia al menos en el país en el que el desarrollo parece haber llegado más lejos, esto es, en los Estados Unidos, como una significativa secuela del caso Enron y el consiguiente foco en la persecución de individuos sobre la base de la colaboración de las compañías.²⁸ Se trata de un desarrollo que descansa sobre la presión ejercida por las agencias de persecución penal, mediante incentivos consistentes en ofertas de no persecución o de sanciones atenuadas a empresas susceptibles de ser perseguidas penalmente (y que arriesgan sanciones devastadoras en caso de condena), a cambio de su colaboración irrestricta en el establecimiento de las responsabilidades individuales. El mecanismo se ha afinado al punto de que las empresas contratan estudios de abogados de confianza de la agencia estatal respectiva (Departamento de Justicia, CEC u otras agencias especializadas), con la venia de esta, para que desarrollen una

27 Que se trata de una práctica ampliamente difundida en el plano internacional lo muestra, por ejemplo, la extensión territorial que abarca la obra colectiva editada por LOMAS y KRAMER (2013). En nuestro medio, véase MONTIEL (2013).

28 Un panorama de la evolución de la política federal de persecución en este sentido puede verse en NANDA (2011), pp. 71 ss.

investigación interna exhaustiva y sin límites, cuyos resultados han de ser la base para los cargos que el Estado presente contra los individuos responsables.²⁹

Si se prescinde de cualquier discusión sobre la legitimidad del mecanismo de presión sobre las empresas (una variante sofisticada del debate en torno a la legitimidad de la práctica del *plea bargaining* en los Estados Unidos), lo que resulta especialmente problemático es que, siendo las investigaciones internas de una empresa por definición una *actividad privada*, en principio sin facultades coactivas equivalentes a las de los órganos de persecución penal, no está sometida a las restricciones que en términos de *garantías procesales* se imponen en el proceso penal.

Para los efectos de la discusión chilena es relevante hacer aquí una precisión antes de continuar. Se puede apreciar una diferencia importante entre lo que ocurre en los Estados Unidos (pero también en algunos ordenamientos europeo-continental) y en Chile en lo que concierne a las consecuencias procesales de la conculcación de derechos fundamentales por parte de particulares. En los Estados Unidos y en otros ordenamientos los derechos fundamentales se entienden básicamente como derechos frente al Estado y no frente a otros particulares, con la consecuencia de que, al menos en principio, la principal consecuencia procesal de la conculcación de tales derechos, que es la exclusión de la prueba, no tiene cabida (lo mismo rige en principio en Alemania, a pesar del reconocimiento de diversas formas de *Drittwirkung* de los derechos fundamentales).³⁰ En Chile, en cambio, a pesar de la ausencia de un desarrollo dogmático sostenido al respecto, parece ser claro, al menos en principio, que los derechos fundamentales se pueden hacer valer también frente a particulares (como lo prueba la indubitada procedencia contra ellos de la acción o recurso de protección constitucional, entre otras manifestaciones) y, lo más importante, que la exclusión en el proceso penal de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales procede sin duda también respecto de evidencia obtenida por particulares.³¹

Pero en lo que no existe diferencia es en cuanto a que determinados derechos estrictamente *procesales* solo rigen (al menos hasta ahora) respecto del Estado (más aun, solo respecto del Estado en cuanto ente de persecución o enjuiciamiento penal), entre ellos, particularmente, el derecho a no auto-incriminarse o, en su forma más fuerte, el derecho a guardar silencio. Lo mismo cabe decir, naturalmente y con mayor razón, respecto del derecho a ser advertido al respecto por el interlocutor; derecho que no es más que emanación de los anteriores. Por cierto, los ciudadanos no tienen en general deberes de información respecto de otros particulares, pero es perfectamente posible

29 Un panorama general, desde perspectiva crítica, en GREEN y PODGOR (2013).

30 Para los Estados Unidos, por todos, DRESSLER y MICHAELS (2013), pp. 57 ss.; para Alemania ROXIN y SCHÜNEMANN (2012), pp. 186 ss.

31 Así, han afirmado que en principio procede la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida por particulares, sin perjuicio de que pueda rescatarse por otras razones en el caso concreto, entre otras, SCS Rol N° 1.836-2007 (prueba obtenida por la madre de la presunta víctima), y SCS Rol N° 2.576-2011 (prueba obtenida por la presunta víctima). Es también la opinión dominante en la literatura, así, entre otros, HERNÁNDEZ (2002), pp. 65 ss.; HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 226 ss.; ECHEVERRÍA (2010), pp. 88 ss.

y en principio legítimo que deberes de ese tipo puedan ser objeto de una relación contractual, como ocurre paradigmáticamente en las relaciones laborales, ámbito en el cual hasta ahora no se reconoce un derecho a guardar silencio equiparable al que se tiene frente al Estado que persigue o juzga penalmente.

Lo anterior explica que haya situaciones en el contexto de las investigaciones internas respecto de las cuales el Derecho chileno ofrece un alto grado de protección al empleado imputado, como es, por ejemplo, el de las intromisiones indebidas en la esfera reconocida de su intimidad en el puesto de trabajo, caso en el cual no debería haber dificultades para excluir la prueba así obtenida. En cambio, sí será sumamente problemático, también en Chile, hacer lo mismo respecto de medios de prueba que contengan las informaciones obtenidas del empleado, por ejemplo, bajo amenaza de despido.

Hecha esta precisión se puede volver a la caracterización del problema que representan las investigaciones internas en las empresas. En cuanto tales estas no tienen nada de extraño ni de novedoso. Desde luego frente a delitos de los cuales la propia empresa es víctima (hurtos, fraudes, espionaje, sabotajes, etc.) es completamente esperable que esta trate de esclarecer los hechos, tanto para tomar medidas desde un punto de vista laboral (despido) como para ejercer acciones legales, civiles o penales. Lo mismo cabe decir de delitos que afectan a terceros, sea por mor de una ética de responsabilidad empresarial o para evitar daños reputacionales, pero también, crecientemente, por el contexto que se ha descrito (*supra* 3), para evitar o al menos morigerar su propia responsabilidad legal, tanto civil como administrativa o penal. En todos estos contextos, la tensión entre intereses y derechos de la empresa y derechos de los empleados que son objeto de investigación ya es manifiesta, pero hasta ahora se encontraba de algún modo fácticamente acotada, porque dependía de sucesos más o menos esporádicos o, aun en el contexto de una política sistemática, obedecía exclusivamente a una estrategia propia de la empresa en cuestión. Lo nuevo, que incide en la magnitud de la tensión, es que ahora se suma el impulso decisivo del aparato de persecución penal y, consecuentemente, con características coactivas.

Hasta donde se alcanza a ver, el fenómeno de las investigaciones internas con este componente de coacción estatal no existe todavía en Chile, por varias razones. La primera es que los alcances de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son todavía muy acotados, pues los delitos relevantes siguen siendo muy pocos.³² Por otra parte, tampoco existe en Chile un sistema general de infracciones administrativas o, más precisamente, no existe un sistema general de *enforcement* estatal que pudiera presionar en este sentido, lo que solo se puede encontrar en los mercados regulados de mayor importancia y con grados desiguales de desarrollo y potencia: en materia de

32 Sin perjuicio de proyectos de ampliación, en la actualidad se trata solo de los delitos de soborno doméstico e internacional (arts. 250 y 251 bis CP), lavado de dinero y receptación (arts. 27 de la Ley N° 19.913 y 456 bis A CP), financiamiento del terrorismo (art. 8 de la Ley N° 18.314), negociación incompatible (art. 240 CP), corrupción entre particulares (arts. 287 bis y 287 ter CP), apropiación y distracción indebidas y administración desleal (art. 470 N° 1 y N° 11 CP) y de los tipificados en los arts. 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

tributos internos y externos, de libre competencia, de mercado financiero, de medio ambiente, y de otras pocas materias más, mientras que para el resto de los sectores existe solo la jurisdicción de “policía local”.³³ Otra razón, asociada a la anterior, es que aún no se conoce la potencia que puede llegar a alcanzar la mencionada responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ha recibido una aplicación muy modesta, en tanto que las prácticas administrativo-sancionadoras así como las prácticas indemnizatorias son relativamente benevolentes, en el sentido de que hasta ahora no se sabe de casos en que la multa o indemnización establecidas pudiera ni aun aproximadamente poner en peligro la subsistencia de una empresa. Más aun, en casos en que se han impuesto multas significativas, se ha impugnado con éxito su constitucionalidad.³⁴ Por último, otra razón es que, al menos en sede estrictamente penal, las facultades del Ministerio Público para incidir en la pena aplicable en caso de condena, al menos en el ámbito de la delincuencia económica, con penas más bien bajas y amplio acceso a penas sustitutivas, son bastante limitadas, con lo cual su poder de negociación frente al imputado también lo es.

Pero al margen de que estos factores pudieran modificarse, aun si no fuere tal el caso, el Derecho chileno no es completamente inmune a este tipo de desarrollos en la medida en que hechos acaecidos en Chile pueden dar lugar a responsabilidad penal o civil en el extranjero, en virtud de estatutos con cláusulas muy amplias de extraterritorialidad, como es el caso, paradigmáticamente, de la estadounidense *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA) o la *UK Bribery Act* de 2010, desde luego tratándose de delitos cometidos en o por empresas multinacionales, pero también en otros casos. Al respecto, el ejemplo más gráfico de las escasas posibilidades de impedir prácticas de este tipo en Chile cuando exista interés de persecución de agencias extranjeras, lo ofrece sin duda la experiencia alemana a partir de procedimientos en los Estados Unidos contra multinacionales de origen alemán como Siemens o Volkswagen. Hasta donde se puede ver, tampoco en Alemania existen condiciones especialmente favorables para el desarrollo de una política de persecución penal basada en la imposición a las empresas de deberes incondicionales de colaboración con la persecución penal, por la vía de la amenaza de sanciones devastadoras, no obstante lo cual, en la medida en que esas condiciones sí existen en los Estados Unidos, estas empresas han aceptado dócilmente dicha imposición, con consecuencias también en Alemania y con independencia de la voluntad de los órganos de persecución

33 Esta fue una de las razones por las que, en Chile, a la hora de satisfacer las exigencias para acceder a la OCDE, se optó por una responsabilidad derechamente penal de las personas jurídicas, a cargo de un Ministerio Público y un sistema judicial con presencia nacional y sin restricciones territoriales, y no por una responsabilidad administrativa.

34 STC Rol N° 2.922 (2016), que declara inaplicable por inconstitucional el inciso primero del art. 29 del DL N° 3.538, que le daba a la Superintendencia de Valores y Seguros la facultad para imponer o bien una multa nominalmente prevista o bien una de hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular. La mayoría aduce explícitamente razones de *proporcionalidad*, aunque, en rigor, resuelve solo a partir de la supuesta falta de *determinación* de las sanciones aplicables, pues es notorio que nunca afirma que la multa aplicada fuera excesiva, sino solo que no existían parámetros objetivos para fijar su cuantía (cons. 37° ss., en particular el cons. 49°), con lo cual es notoria también la confusión conceptual del tribunal.

penal alemanes. De este modo, las empresas en cuestión contrataron los servicios de estudios de abogados de confianza de las agencias estadounidenses (penales o administrativas) y les encargaron, además de la asesoría y representación ante dichas agencias, la práctica de investigaciones internas exhaustivas a nivel mundial, con empleo de los mismos métodos habituales en este tipo de investigaciones en los Estados Unidos, lo que ha dado lugar a un enorme debate jurídico en Alemania, aguijoneado sin duda por la sensación de intromisión extranjera exenta de control en materias esencialmente estatales.³⁵

Pues bien, desde un punto de vista constitucional, al margen de las posibilidades de discutir en el plano “orgánico” o de las competencias sobre la legitimidad en sí de una actividad privada de investigación criminal, un camino que, cabe decirlo, no parece especialmente prometedor en perspectiva comparada (una cosa es que el Estado tenga el monopolio de la investigación penal en cuanto investigación premunida de poderes coercitivos e intrusivos, otra muy distinta es que los privados por alguna razón constitucional no puedan investigar delitos sin recurrir a tales poderes),³⁶ la cuestión específica más delicada es la de si es posible seguir sosteniendo en este contexto la tesis conforme a la cual el principio *nemo tenetur* no rige frente a privados, específicamente frente a la empresa empleadora.³⁷

Lo que subyace fundamentalmente a que el derecho a no auto-incriminarse se entienda como un derecho que solo pueda ejercerse frente a la acción de los órganos estatales es la constatación, esencialmente correcta, de que solo el Estado tiene un poder capaz de doblegar la voluntad de un imputado, al punto de llevarlo a sacrificar su libertad mediante la confesión de hechos delictivos, de modo que, si no se impide o al menos se restringe la interacción comunicativa del imputado con el Estado durante el proceso, el abuso será inevitable. Es posible que, desterrada al menos formalmente la tortura como medio de indagación, el poder del Estado no aparezca como tan temible, pero todavía podría pensarse en medios coactivos como serían los apremios para colaborar, en la forma de cargas económicas o de privación de libertad.³⁸ Nada

35 Una buena presentación, a propósito del caso Siemens, en JAHN (2009). Véase también, entre muchos, KNAUER y BUHLMANN (2010).

36 No obstante lo cual la tesis se ha planteado en Alemania, sin éxito hasta ahora. Así, en términos generales, HASSEMER y MATUSSEK (1996), pp. 75 ss., 82; y específicamente para el ámbito de las investigaciones privadas sistemáticas, ZERBES (2013), pp. 568 ss. Al mismo resultado llega MONTIEL (2013), p. 272, afirmando que lo que se obtiene válidamente en el plano laboral no puede usarse válidamente en el penal.

37 En los Estados Unidos, más que la ampliación del privilegio de no auto-incriminación, lo que se ha discutido especialmente es la forma de impedir confesiones ante los abogados contratados por la empresa para realizar la investigación interna, bajo la creencia errónea del empleado de estar hablándole a su propio abogado, quien le debe confidencialidad. El asunto fue tratado por la Suprema Corte en *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), conocido también como el “Miranda corporativo”, dando lugar a las llamadas “advertencias Upjohn”, conforme a las cuales el abogado de la empresa debe aclararle al empleado que sus deberes de confidencialidad son para con la empresa y no para con él. Sobre esto, WALDMAN (1987).

38 Por muchos años la prisión preventiva cumplió esa función en la práctica del antiguo sistema de justicia criminal chileno, cuando la libertad provisional del procesado se denegaba por haber “diligencias pendientes” que en definitiva consistían en la aún pendiente colaboración del procesado.

de eso existe en la actualidad, pero si en vez de fijarse la mirada en las posibilidades del Estado se mira a las posibilidades coactivas (no delictivas) de ciertos particulares, específicamente de grandes empresas, cabe dudar de la existencia de una diferencia esencial, al menos en el plano fáctico, entre el poder estatal y el poder privado en esta materia. La amenaza empresarial³⁹ puede ser en concreto más grave que muchas que podría dirigir el Estado si estuviera facultado a amenazar al imputado renuente. Si a eso se suman las consecuencias adicionales que de hecho pueden venir asociadas a las acciones amenazadas por la empresa (descrédito en el medio profesional y social, con la consiguiente dificultad para acceder a empleos similares) o las posibilidades de manipulación por la vía de ofrecer el pago de la asesoría y defensa letrada del empleado, el panorama se revela especialmente grave.

Al mismo tiempo cabría llamar la atención sobre la circunstancia de que en ordenamientos a los que se ha hecho referencia sí se reconoce un derecho a guardar silencio frente al empleador sobre hechos que pueden conllevar una responsabilidad penal, tratándose de *empleados públicos*, como es el caso en Alemania en el contexto de procedimientos disciplinarios (§ 20 I de la Ley Federal de sanciones disciplinarias, *Bundesdisziplinargesetz*, BDG) y en los Estados Unidos desde *Garrity v. New Jersey*,⁴⁰ fallo este último que es especialmente importante porque declara que la sola amenaza de perder el empleo, es decir, lo mismo que arriesga un empleado privado, constituye una presión indebida que conculca la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Si lo que está en juego en los casos tenidos en vista por estos ordenamientos no es más que una consecuencia laboral, cualquiera que sea la valoración que se tenga de las particularidades del empleo público, lo cierto es que no se explica la diferencia de trato.

Ahora bien, si la gravedad relativa de la situación en el plano fáctico no fuera suficiente para fundar un *derecho* del empleado a no verse sometido al dilema de la autoincriminación en el ámbito privado, habría que considerar un elemento que incluso con el solo recurso a los criterios tradicionales sugiere la posibilidad conceptual de extender la vigencia del principio *nemo tenetur* a estos casos, como es que, aunque se trate de actividad estrictamente privada, bajo ciertos supuestos puede ser *imputada al Estado* cuando responde a una *política* de persecución penal estatal que fuerza en algún grado a la empresa a obtener información mediante presión sobre sus empleados.⁴¹ Nótese, con todo, que aquí la imputación de la conducta privada al Estado no sirve

39 Que en principio es legítima, pues la empresa (al menos así se entiende en el Derecho comparado) tiene derecho a exigir de sus empleados colaboración en el esclarecimiento de hechos delictivos cometidos en su seno, en tanto que el despido o la denuncia amenazados son medios adecuados para la obtención de los propósitos empresariales, de modo que no se dan los requisitos de una amenaza ilegítima (art. 296 CP).

40 385 U.S. 493 (1967). En la especie los oficiales de policía sospechosos de haber cometido delito fueron advertidos de su derecho a guardar silencio y del uso que podría dársele a su declaración si decidían prestarla, pero al mismo tiempo se les amenazó con la pérdida del empleo si no colaboraban, lo que la Corte consideró inconstitucional.

41 En esa línea en Alemania, ANDERS (2014), p. 333; GRECO y CARACAS (2015), p. 14; más bien escépticos JAHN (2009), p. 41 (45) y KRUSE (2014), pp. 180 ss.

para darle relevancia excepcional a la vulneración privada de garantías en la exclusión de prueba,⁴² algo que, como se explicó, no es necesario en Chile, sino que para hacer valer ante privados una garantía que se tiene ante el Estado.

Parece haber buenas razones, entonces, en favor de considerar una extensión de la vigencia del principio *nemo tenetur* (y las consecuencias procesales de su infracción) a casos de investigaciones internas empresariales, al menos cuando se realicen en el contexto de acuerdos expresos o tácitos⁴³ entre la empresa y las agencias estatales de persecución penal o administrativa. Justificarlo especialmente excede las posibilidades de este trabajo. Lo que sí se puede hacer aquí es destacar el peculiar tipo de relación entre actores a que da lugar lo que aquí se ha llamado “privatización forzada” del Derecho Penal económico, y las posibles consecuencias del nuevo escenario desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Como se ha dicho, lo que ha definido desde siempre el conflicto penal es que se trata de un conflicto entre el Estado y el individuo imputado. El imputado puede ser también una persona jurídica y puede no corresponder en absoluto a la imagen clásica del sujeto vulnerable que se enfrenta al Estado todopoderoso. Una distinta naturaleza del imputado puede justificar una aplicación diferenciada de las garantías penales, tanto sustantivas como procesales. Una distinta correlación de fuerzas puede reforzar tal diferenciación y, tratándose de imputados que son personas naturales, puede despertar la tentación de restringir garantías que, sin embargo, no se pueden restringir sin pérdida fatal de legitimidad. Como sea, todas estas variables no inciden en la morfología del conflicto, que sigue siendo bipolar: una tensión entre el imputado y el Estado.

Lo realmente nuevo que traen consigo las investigaciones internas corporativas es que, sin que desaparezca la pugna entre el Estado y el imputado, en este caso la empresa imputada, ambos polos pueden, no obstante, unirse en una estrategia común (sin perjuicio de que la iniciativa sea predominantemente, aunque no siempre, estatal y solo sea seguida, aunque no necesariamente de mala gana, por la empresa) contra individuos, paradigmáticamente contra los empleados de la empresa. Consecuentemente, al trasluz de un esquema de dos polos que se mantienen en tensión, se dibuja un esquema triangular o tripolar, con dos actores poderosos unidos contra uno más débil, de un modo tal que las garantías procesales de este, aun las más tradicionales y básicas, pueden ser eludidas por la alianza circunstancial de los dos antagonistas permanentes. Este nuevo escenario no se deja legitimar, como es obvio, invocando el enorme poder desarrollado por las empresas ni las particularidades que su naturaleza impone o debiera imponer a su regulación, porque lo que está en juego no es el *status* de las empresas, sino el de individuos respecto de los cuales esa invocación carece de todo sentido.

42 Para Estados Unidos DRESSLER y MICHAELS (2013), pp. 57 ss.; para Alemania ROXIN y SCHÜNEMANN (2012), pp. 186 ss.

43 Debería bastar una práctica conocida y asentada de tales agencias, en virtud de la cual las empresas se apuren en iniciar sus investigaciones internas para tener resultados concretos antes de tomar contacto con ellas.

De haber coherencia y continuidad en las valoraciones constitucionales, entendiendo que lo que cambian son los contextos de aplicación, pero no los valores constitucionales, la sola existencia de este nuevo escenario debería conducir a una redefinición del fin de protección y del alcance de las garantías del Derecho Penal de que gozan las personas naturales que quedan a merced de la mencionada “alianza público-privada”, cualquiera que sea el poder que en concreto dichas personas ostenten.⁴⁴

44 Desde luego puede ser dudoso mantener este aserto tratándose de los individuos que controlan la empresa, pero en tal caso lo que en rigor ocurre es que no hay separación entre el sujeto y la empresa, de modo que mal puede quedar “a merced” de ella. El análisis precedente supone realidades, no tiene vocación de herramienta para forjar artificialmente impunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBERTZ, Pablo (2019): *Delito de lavado de activos y deberes positivos* (DER).
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (LegalPublishing).
- ANDERS, Ralf Peter (2014): “Internal Investigations. Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und nemo-tenetur-Grundsatz”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 329-334.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Política Criminal*, Vol. 8, N° 16, pp. 544-573.
- BÜLTE, Jens (2015): *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht* (Nomos).
- CONTRERAS, Lautaro (2015): “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”, *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19, pp. 266-296.
- DRESSLER, Joshua y MICHAELS, Alan C. (2013): *Understanding Criminal Procedure. Vol. 1: Investigation* (LexisNexis, 6° edición).
- ECHVERRÍA, Isabel (2010): *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita* (Ediciones Jurídicas de Santiago).
- GRECO, Luis y CARACAS, Christian (2015): “Internal Investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 7-15.
- GREEN, Bruce A. y PODGOR, Ellen S. (2013): “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, Vol. 54, pp. 73-126.
- HASSEMER, Winfried y MATUSSEK, Karin (1996): *Das Opfer als Verfolger. Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren* (Peter Lang).
- HEINE, Günter (1995): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* (Nomos).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2002): *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 2* (Universidad Alberto Hurtado).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2008): “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, pp. 175-198.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, pp. 207-236.

- HERNÁNDEZ, Héctor (2013): “El fundamento de la posición de garante de los directivos de empresa respecto de delitos cometidos por terceros en la misma”, en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Thomson Reuters Chile), pp. 547-582.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2015): “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLIV, pp. 217-263.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2017): “El Caso ‘Global Engines’: consecuencias mortales de la omisión del retiro de un producto defectuoso a la luz del Derecho penal chileno”, en COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (directores), *Intervención delictiva en contextos organizados. Humboldt Kolleg Santiago 2015* (Tirant lo Blanch), pp. 249-272.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2019): “Verbandsstrafe bei Auflösung, Umwandlung und asset deal. Rechtsvergleichende Überlegungen”, en BÖSE, Martin, SCHUMANN, Kay y TOEPEL, Friedrich (editores), *Festschrift für Urs Kündhäuser* (Nomos), pp. 911-922.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*. T. II (Editorial Jurídica de Chile).
- JAHN, Matthias (2009): “Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC”, *Strafverteidiger*, pp. 41-46.
- KNAUER, Christoph y BUHLMANN, Erik (2010): “Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – was bleibt von nemo-tenetur und fair-trial?”, *Anwaltsblatt*, pp. 387-393.
- KRUSE, Björn (2014): *Compliance und Rechtsstaat. Zur Freiheit von Selbstbelastung bei Internal Investigations* (Peter Lang).
- KUHLEN, Lothar (2019): “Strafrechtliche Produktverantwortung”, en ACHENBACH, Hans, RANSIEK, Andreas y RÖNNAU, Thomas (editores), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (C.F. Müller, 5ª edición), pp. 113-153.
- LOMAS, Paul y KRAMER, Daniel J. (2013): *Corporate Internal Investigations. An International Guide* (Oxford University Press, 2ª edición).
- MONTIEL, Juan Pablo (2013): “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, pp. 251-277.
- NANDA, Ved P. (2011): “Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?”, en PIETH, Mark e IVORY, Radha (editores), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk* (Springer), pp. 63-89.
- NOVOA, Juan Pablo (2008): “Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa”, *Actualidad Jurídica*, N° 18, pp. 431-472.
- PIETH, Mark e IVORY, Radha (2011): “Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview”, en PIETH, Mark e IVORY, Radha (editores), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk* (Springer), pp. 3-60.

- PIÑA, Juan Ignacio (2005): “La imputación de responsabilidad penal en los órganos de la empresa y sus efectos en sede civil”, en BARAONA, Jorge y ZELAYA, Pedro (editores), *La responsabilidad por accidentes del trabajo. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 10, pp. 45-72.
- PIÑA, Juan Ignacio (2012): *Modelos de prevención de delitos en la empresa* (Thomson Reuters).
- ROXIN, Claus (2003): *Strafrecht. Allgemeiner Teil II* (Beck).
- ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd (2012): *Strafverfahrensrecht* (Beck, 27ª edición).
- SIMESTER, A.P., SPENCER, J.R., SULLIVAN, G.R. y VIRGO, G.J. (2013): *Simester and Sullivan's Criminal Law* (Hart, 5ª edición).
- STRADER, J. Kelly (1996): “Taking the Wind out of the Government's Sails? Forfeitures and Just Compensation”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 23, pp. 449-494.
- STRADER, J. Kelly (2011): *Understanding White Collar Crime* (LexisNexis, 3ª edición).
- TIEDEMANN, Klaus (1976): *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil* (Rowohlt).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1992): *El Derecho penal de la monarquía absoluta* (Tecnos, 2ª edición [reimpresión de la 1ª edición de 1969]).
- VARINARD, André (2012): “Responsabilité pénale dite du fait d'autrui. Chef d'entreprise. Délégation de pouvoirs”, en PRADEL, Jean y VARINARD, André, *Les grands arrêts du droit pénale générale* (Daloz, 8ª edición), pp. 482-503.
- WALDMAN, Michael L. (1987): “Beyond Upjohn: The Attorney-Client Privilege in the Corporate Context”, *William & Mary Law Review*, Vol. 28, pp. 473-511.
- WERNER, Gerhard (1996): *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft* (edition iuscrim).
- ZERBES, Ingeborg (2013): “Unternehmensinterne Untersuchungen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 125, pp. 551-572.

JURISPRUDENCIA CITADA

Argentina:

Corte Suprema, causa *FM.S.R.L.*, de 30 de mayo de 2006.

Chile

Tribunal Constitucional, Rol N° 349, de 22 de marzo de 2002.

Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de 9 de septiembre de 2003.

Tribunal Constitucional, Rol N° 417, de 6 de agosto de 2004.

Tribunal Constitucional, Rol N° 433, de 7 de enero de 2005.

Corte Suprema, Rol N° 1.836-2007, de 11 de junio de 2007.

Corte Suprema, Rol N° 2.576-2011, de 11 de mayo de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2764, de 7 de enero de 2015.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2.922, de 29 de septiembre de 2016.

Tribunal Constitucional, Rol N° 5540, de 26 de octubre de 2018.

Estados Unidos:

Corte Suprema, *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967).

Corte Suprema, *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

AM & S/Comisión, de 18 de mayo de 1982 (C-155/79).

Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión, de 14 de septiembre de 2010 (C-550/07 P).