



Revista Brasileira de **Direito Processual Penal**

Volume 9 - Nº 02 - mai./ago. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2>

Dossiê

*“Processo penal da pessoa jurídica
e investigações empresariais internas”*





Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 12/2022 Programa Editorial)



IBRASPP


EXPEDIENTE / MASTHEAD



EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF


Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, Brasil; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  



Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS



Prof. Dra. Ana María Neira Pena (Universidade da Coruña, A Coruña, España) 

Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  


Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia) 



Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)  

Me. Daniela Dora Eilberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia) 

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Rio Grande, Rio Grande/RS, Brasil)  

- Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)  
- Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneario Camboriu, SC, Brasil)  
- Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)  
- Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia) 
- Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil, Brasil)  
- Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

- Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia
- Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
- Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia
- Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España
- Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia
- Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
- Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States
- Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia
- Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia
- Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
- Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay
- Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España
Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES, Brasil)
Ana Carrillo del Teso (Universidad de Salamanca, Salamanca, España)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, Salamanca, España)
Antonio E. Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Bruno Tadeu Buonicore (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
Bruno Torchia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
Bruno Torchia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
Camilin Marcie de Poli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS, Brasil)
Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile)
Coral Arangüena Fanego (Universidad de Valladolid, Valladolid, España)
Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Denis Andrade Sampaio (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Eduardo Saad-Diniz (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto/SP, Brasil)
Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile)
Fábio Ramazzini Bechara (Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP, Brasil)
Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas, São Paulo, Brasil)
Fernanda Lima e Silva (Universidade de Brasília, Brasília/DF, Brasil)
Fernanda Prates Fraga (Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS, Brasil)

Giulia Lasagni (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, Bologna, Italia)

Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)

Hugo Leonardo Santos (Universidade Federal de Alagoas, Maceió/AL, Brasil)

Hugo Luz dos Santos (City University of Macau, Macau, People’s Republic of China)

Irene Yáñez (Universidad de Salamanca, Salamanca, España)

Isabel Maria Fernandes Branco (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)

João Paulo Orsini Martinelli (Instituto de Direito Público - São Paulo/SP, Brasil)

João Porto Silvério Júnior (Universidade de Rio Verde - Rio Verde/GO, Brasil)

Jordi Gimeno Beviá (Universidad Nacional Española a Distancia, Madrid, España)

José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

José Roberto Porto (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Julio Ballesteros Sánchez (Universidad de Salamanca, Salamanca, España)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha)

Michelle Gironda Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Medellín, Colômbia)

Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza - Fortaleza, Ceará, Brasil)

Nicolás Rodríguez García (Universidade de Salamanca, Salamanca, España)

Pablo Polese de Queiroz (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil)

Paloma Arrabal Platero (Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante, España)

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Atacama, Chile)

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)

Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Centro Universitário de Curitiba - Curitiba/PR, Brasil)

Silvana Adaros Rojas (Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile)
Sonia Calaza López (Universidad Nacional Española a Distancia, Madrid, España)
Stefano Ruggeri (Universita' degli Studi di Messina, Messina, Italia)
Teresa Lancry Robalo (Universidade de Macau, Macau, China)
Víctor Beltrán Román (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile)
Víctor Gómez Martín (Universitat de Barcelona, Barcelona, España)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)
Virxilio Rodríguez Vázquez (Universidad de Vigo, Vigo, España)
Vitor de Paula Ramos (Universitat de Girona, Girona, España)
Walter Bittar (Pontifícia Universidade Católica de Londrina - Londrina/PR, Brasil)
William Cecconello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)
Xulio Ferreiro Baamonde (Universidade da Coruña, A Coruña, España)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

501 **Dossiê: “Processo penal da pessoa jurídica e investigações empresariais internas”**

“Criminal proceedings for legal entities and internal corporate investigations”

503 **Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida**

Dossier Editorial “Criminal proceedings for legal entities and internal corporate investigations”: Corporate internal investigations, fundamental rights and exclusionary rule

Ana María Neira Pena

545 **Reporting of the results of internal investigations – main types of cooperation between companies and prosecutorial authorities in the light of the threats to individuals in criminal proceedings**

Reportando os resultados das investigações internas: principais modos de cooperação entre empresas e autoridades investigativas em relação a perseguição de cidadãos no processo penal

Szymon Pawelec

575 **Mejores prácticas en los canales de denuncias**

Best practices in reporting channels

Oliver Pascual

609 **Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas**

Legality and validity of criminal evidence in internal corporate investigations

Sérgio Bruno Araújo Rebouças

645 **Unlocking the mystery of internal investigation: the use of information from private internal investigations in the Polish criminal process**

Desbravando os mistérios das investigações internas: o uso de informações oriundas de investigações corporativas internas no processo penal da Polônia

Andrzej Sakowicz

Sebastian Zieliński

- 689 La Directiva *Whistleblowing*: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas
The whistleblowing Directive: a further step in the privatization of criminal proceedings. Special reference to interviews in internal investigations
Ana María Vicario Pérez
- 723 Corporate Internal Investigations 4.0: on the criminal procedural aspects of applying artificial intelligence in the reactive corporate compliance
Investigações internas corporativas 4.0: sobre os aspectos processuais penais da aplicação da inteligência artificial no âmbito reativo do compliance
Túlio Felipe Xavier Januário
- 787 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal**
Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal
- 789 Evaluación crítica de la regulación y el uso de la suspensión condicional del procedimiento en el marco de la persecución penal a personas jurídicas por el delito de soborno en Chile
Critical evaluation of the regulation and use of the conditional suspension of proceedings in the framework of the criminal prosecution of corporations for the crime of bribery in Chile
Oswaldo Artaza
Braulio Carrasco
- 825 Subtracção de menor por um dos pais: eficácia prática no contexto parental
Subtraction of a child by one of the parents: practical effectiveness in the parental context
Ofélia Coutinho

875 Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

- 877 Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita

Forensic evidence in Criminal Procedure: the comprehension and mitigation of forensic errors as a mechanism to promote the adversarial principle, the full defense and the right to legal evidence

Maria Eduarda Azambuja Amaral

Aline Thaís Bruni

- 913 A complexidade da significação probatória: problemas, dimensões e conteúdo da intencionalidade da prova penal

The complexity of probatory signification: problems, dimensions, and content of the intentionality of the criminal proof

Eliomar da Silva Pereira

- 949 La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica

Evidence flexibilization in the criminal trial: a form of epistemic injustice

David Sierra Sorockinas

Mariana Toro Taborda

- 979 O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime

Principle nemo tenetur se ipsum accusare and the means of evidence attainment in Cybercrime Law

Ana Melro

- 1003 O erro judiciário e a injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas

The miscarriage of justice and epistemic injustice in eyewitness identification

Sara Ribas Ortigosa Leite

Claudio José Amaral Bahia

Dossiê:
**“Processo penal da pessoa
jurídica e investigações
empresariais internas”**

*“Criminal proceedings for
legal entities and internal
corporate investigations”*


Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida

Dossier Editorial “Criminal proceedings for legal entities and internal corporate investigations”: Corporate internal investigations, fundamental rights and exclusionary rule

Ana María Neira Pena¹

Universidade da Coruña, Coruña, España

ana.neira@udc.es

 orcid.org/0000-0002-6562-8208

RESUMEN: El presente trabajo aborda el tema de las investigaciones internas empresariales, como manifestación de la tendencia privatizadora que representa la autorregulación empresarial. Tras una definición y caracterización general de las investigaciones internas, el trabajo se centra en analizar el marco legislativo actual de tales investigaciones en España, con especial atención a las novedades incorporadas con la reciente aprobación de la ley de protección de los denunciantes. A continuación, se problematiza sobre la cuestión de los derechos fundamentales como límite a los poderes de investigación de la empresa, tratando de determinar en qué medida resultan de aplicación en el contexto de las investigaciones empresariales los derechos sustantivos y los derechos procesales. Por último, se aborda la aplicabilidad de la regla de exclusión probatoria a estas investigaciones, privadas y desreguladas, especialmente a la luz de la actual jurisprudencia de los Tribunales españoles en la materia.

PALABRAS CLAVE: investigaciones internas empresariales; derechos fundamentales; prueba prohibida; prueba ilícita; autorregulación

¹ Profesora Contratada Doctora (PC-DR) de la Universidade da Coruña, Coruña, España. Doctora en Derecho.

empresarial.

ABSTRACT: *This paper addresses the issue of corporate internal investigations, as a manifestation of the privatizing trend represented by corporate self-regulation. After a general definition and characterization of internal investigations, the paper focuses on analyzing the current legislative framework of such investigations in Spain, with special attention to the novelties incorporated with the recent approval of the national law on whistleblower protection. It then discusses the issue of fundamental rights as a limit to the company's investigative powers, trying to determine to what extent substantive and procedural rights apply in the context of corporate investigations. Finally, the applicability of the evidentiary exclusion rule to these private and unregulated investigations is discussed, especially in light of the current case law of the Spanish Courts on the subject.*

KEYWORDS: *corporate internal investigations; fundamental rights; exclusionary rule; unlawful evidence; corporate self-regulation.*

SUMARIO: 1. Introducción. Investigaciones internas y autorregulación empresarial. 2. Concepto y características de las investigaciones internas empresariales. 3. Las investigaciones internas empresariales en el ordenamiento jurídico español. 4. Los derechos fundamentales como límite a las investigaciones internas empresariales. 5. Investigaciones internas empresariales y prueba prohibida. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN. INVESTIGACIONES INTERNAS Y AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL

Las investigaciones internas empresariales son una expresión más de la denominada autorregulación empresarial, cuyo fomento se identifica como uno de los principales fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas². En este sentido, se observa que la amenaza

² En este sentido, afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En BANACLO-CHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús María; GÓMEZ-JARA DÍEZ,

penal tiene como principal finalidad incentivar a las empresas para adoptar mecanismos internos de cumplimiento normativo, lo que incluye herramientas para prevenir y detectar la comisión de ilícitos penales, así como para reaccionar ante eventuales incumplimientos, principalmente a través del desarrollo de investigaciones internas, de actuaciones de colaboración con la justicia y/o de imposición de sanciones disciplinarias.

La autorregulación se justifica, esencialmente, en la incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos creados por la sociedad post-industrial moderna³. En ese contexto, y debido a la complejidad de la sociedad actual, las técnicas clásicas de intervención estatal se reputan insuficientes, por lo que se opta por recurrir a herramientas de autorregulación social propias del llamado derecho reflexivo⁴.

Las ventajas de estas herramientas de autorregulación no son pocas. En muchos casos las regulaciones internas resultan más eficaces en términos preventivos que la regulación estatal, al atender a la idiosincrasia propia de cada organización y al contar con medios y conocimientos

Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 15-126, p. 27, que el conjunto de la normativa que introdujo en el ordenamiento español la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta de difícil explicación sin tomar en consideración la profunda huella que ha ido dejando la autorregulación empresarial en diversas áreas jurídicas; Por su parte, NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008, p. 8, sostiene que “la finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es coaccionar a la autorregulación”.

³ Según HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen*, insbesondere bei Großrisiken, Nomos, Baden-Baden, 1995, el Estado, en la era de la incertidumbre, ha perdido el monopolio de la protección de bienes jurídicos, de la distribución de riesgos y de la planificación estratégica, puesto que carece de la suficiente información y competencia para poder desarrollarlas. Así las cosas, en opinión del referido autor, para llevar a cabo el *management* de riesgos, a través de la precaución y la adaptación, son necesarios determinados conocimientos técnicos derivados de la experiencia empresarial a lo largo del tiempo. El Estado ha dejado de realizar las inversiones suficientes para tener ese conocimiento técnico y, consecuentemente, carece de competencia para la administración a largo plazo de los riesgos modernos.

⁴ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, pp. 270-303, p. 274, 2020.

técnicos más específicos. Además, la autorregulación puede suponer un ahorro de recursos públicos, al internalizar la empresa parte de los costes asociados a prevenir y detectar incumplimientos normativos. Adicionalmente, desde el punto de vista de las organizaciones privadas, permite mejoras en la gestión, principalmente asociados a la minimización de los costes de incumplimiento y a la mejor gestión del riesgo reputacional⁵.

Sin embargo, las referidas ventajas no deben de servir para ocultar los riesgos, en absoluto desdeñables, que plantea recurrir a “herramientas de colaboración público-privada”⁶ en un ámbito como el de la gestión de los riesgos penales. Es por ello que, esta tendencia privatizadora en la prevención e investigación de delitos⁷, ha de ser vista con cautela, en

⁵ Las ventajas de la autorregulación desde el punto de vista de la gestión empresarial pueden tener reflejo en muy diversos ámbitos. Así pues, además de minimizarse los riesgos de sufrir sanciones, penales o administrativas, la gestión en *compliance* también puede implicar mejoras para la imagen de la empresa, para su posición negociadora ante entidades financieras o aseguradoras y, por supuesto, para su posición defensiva en caso de verse implicada en un proceso judicial (Cfr. RIBAS, Xavier. *Practicum Compliance*. Pamplona: Aranzadi, 2018, pp. 33-50).

⁶ Así las define NIETO MARTÍN, Adán. “Investigaciones internas”. En NIETO MARTÍN (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 231-270, p. 261.

⁷ Son muchos los autores que se refieren a las investigaciones internas empresariales como una forma de “privatización” del proceso penal. Entre otros, MONTIEL, Juan Pablo, “Sentido y alcance de las investigaciones internas de la empresa”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 40, n. 1, 2013, pp. 251-277, pp. 251-252; ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas*. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Criminalidad de empresa y “Compliance”, Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, pp. 197-228, p. 206; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes; SANTOS ALONSO, Jesús. “Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas”. En *Anuario Jurídico Villanueva*, n. 8, 2014, pp. 287-306, p. 293; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Investigaciones internas”. En AYALA GÓMEZ, Ignacio; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*. Madrid: Francis Lefebvre, 2016, p. 214; AYALA (2020), p. 276. POUCHAIN, Pedro. “Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas.”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N. 4, pp. 80-111, 2022, p. 86. En la misma línea, en el derecho estadounidense, pueden verse, al respecto, las reflexiones de FIRST, Harry. “Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions”, *North Caroline Law*

tanto que, con fundamento en la presunta incapacidad del Estado para prevenir, detectar y reprimir las conductas delictivas, se da entrada a los particulares y, por lo tanto, a sus intereses privados, en un ámbito, como el de la justicia penal, en el que debe primar el interés público en la protección de los bienes jurídicos tutelados por las normas penales y en la persecución de los delitos.

Precisamente, sobre los riesgos que suponen las investigaciones internas empresariales para los derechos fundamentales de los sujetos investigados tratan los trabajos de este dossier, en el que se contienen propuestas regulatorias, interpretativas y mejores prácticas para hacer compatibles los deberes de investigación de la empresa con los derechos de sus trabajadores, estableciéndose las condiciones que han de cumplirse en la indagación interna para que las evidencias así obtenidas resulten admisibles y válidas como prueba en el proceso penal⁸.

No cabe desconocer que, entre las herramientas privadas de gestión de riesgos penales, las investigaciones internas empresariales ocupan una posición singular. Y ello porque, en estos procedimientos de indagación o de comprobación, que la empresa viene llamada a desarrollar como parte de sus deberes de *compliance*, la tensión entre la búsqueda de la eficiencia – en términos de ahorro de recursos públicos- y la eficacia de los derechos – especialmente de los individuos sujetos a los poderes de dirección y control del empresario- es máxima⁹.

Review, n. 89, pp. 23-98, p. 62, 2010. Este autor compara las investigaciones internas con una técnica de *outsourcing*, esto es, con una suerte de externalización de las funciones de investigación penal, afirmando que las oficinas de los fiscales se enfrentan, en esencia, a la decisión de cualquier empresa que se cuestiona si “producir o comprar” un determinado producto, esto es, si adquirir los recursos necesarios para desarrollar internamente una determinada función o contratar tales servicios con un agente externo.

⁸ Los artículos comprendidos en el dossier aportan una visión comparada sobre el estado de la cuestión, al abordarse la referida problemática en diversos ordenamientos jurídicos, tales como el estadounidense, el italiano, el polaco, el brasileño o el español.

⁹ Hay que advertir que no puede existir actividad privada legítima separada por completo del marco constitucional, por lo que la autorregulación siempre será regulada, debiendo concebirse como una autonomía constitucionalizada, como un fenómeno social cuyo ejercicio debe darse dentro del contexto de los valores constitucionalizados. En este sentido, la actuación de los sujetos

Asumir la regularidad de las investigaciones internas empresariales como estándar de actuación de las empresas¹⁰ ante la sospecha de haberse cometido una infracción o un incumplimiento en su seno, supone ir un paso más allá en la privatización de la gestión de los riesgos penales. Y es que, en este caso, la entidad no actuaría solo desde un punto de vista preventivo, a través de la adopción de medidas organizativas y de gestión orientadas a minimizar el riesgo de comisión de ilícitos penales; sino que se le atribuiría un papel fundamentalmente activo y reactivo, consistente en detectar hechos ilícitos e investigarlos, como el fin de esclarecerlos y de recabar evidencias sobre los mismos.

En definitiva, con las investigaciones internas empresariales, se atribuye a las corporaciones privadas una labor de pseudo-policía¹¹, de forma que se les pide que, a través determinadas medidas indagatorias, descubran la comisión de ilícitos en su seno, determinen a los culpables individuales y recopilen las fuentes de prueba, que deberán de proceder a revelar a la justicia si pretenden beneficiarse de las exenciones y atenuaciones previstas en la legislación penal.

En este trabajo se abordará, en primer lugar, el concepto y características esenciales de las investigaciones intra-empresariales. En segundo lugar, se analizará la legislación española relevante para entender qué incentivos, obligaciones y limitaciones se prevén en relación con el desarrollo de actuaciones de investigación de incumplimientos normativos en la empresa. En tercer lugar, el análisis se centrará en los límites que representan los derechos fundamentales de los trabajadores para los

privados debe encontrarse subordinada y limitada por los derechos fundamentales asegurados por la Constitución (RODRÍGUEZ SALINAS, Sergio. “El rol de la autorregulación en la determinación de la responsabilidad penal del empresario”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, N. Extra 7, 2021, p. 1-22, pp. 4 y 6).

¹⁰ De acuerdo con DUGGIN, Sarah Helene. “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *Columbia Business Law Review*, 2003, pp. 859-964, p. 886, en Estados Unidos, las investigaciones internas se han convertido en el estándar de cuidado a adoptar siempre que se producen alegaciones o sospechas de actuaciones irregulares en entornos organizativos.

¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, N. 8053, 2 de abril de 2013, p. 2.

poderes de investigación del empresario. Y, por último, se reflexionará sobre la aplicación de la regla de exclusión probatoria a las investigaciones internas empresariales a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la prueba prohibida.

2.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EMPRESARIALES

Una investigación interna puede ser definida, en esencia, como un esfuerzo de la organización por determinar qué ha ocurrido en el seno de la misma ante la sospecha de alguna infracción normativa. Se trata, por lo tanto, de procedimientos privados que una organización desarrolla internamente con la finalidad de esclarecer sospechas de conductas ilícitas que se hayan cometido o que se estén cometiendo en el desarrollo de su actividad.

De la anterior definición se deriva que estas investigaciones tienen la misma finalidad que las investigaciones oficiales propias del proceso penal, esto es, esclarecer los hechos constitutivos de infracción y determinar a los responsables de los mismos¹². Sin embargo, hay algunas notas definitorias que las distinguen de una investigación pública.

La primera diferencia fundamental con las investigaciones públicas radica, precisamente, en el carácter privado de las investigaciones internas empresariales. Así pues, el hecho de que el procedimiento indagatorio se entable en el marco de una relación entre particulares, concretamente en la relación laboral, supone, en primer lugar, que el investigador actúa sin potestades de injerencia¹³, justificándose su actuación, a lo sumo,

¹² De acuerdo con el art. 299 LECrim estas son, precisamente, las finalidades de la instrucción penal. el referido precepto dispone que “*constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes (...)*”.

¹³ En este sentido, POUCHAIN (2022) p. 85, llama la atención sobre el hecho de que el empleador no dispone de las mismas potestades que las autoridades oficiales de persecución penal, destacadamente, los medios de coerción de una detención cautelar o incautación.

en el ejercicio de un derecho¹⁴ o en el cumplimiento de un deber¹⁵. La segunda característica diferencial de estas investigaciones respecto de las investigaciones públicas tiene que ver con su carácter desregulado. Así pues, la inaplicabilidad de las normas procesales a los actos privados de obtención de prueba, sumado a la falta de previsiones legales específicas sobre estos procedimientos empresariales¹⁶, provoca que las investigaciones internas sigan ubicadas en una zona desregulada entre el derecho público y privado¹⁷.

La necesidad de encontrar una base normativa de referencia para las investigaciones internas empresariales conduce claramente al Derecho laboral, que regula las relaciones entre el empresario y el trabajador¹⁸.

¹⁴ Cabe entender que la investigación interna desarrollada por el empresario, como parte de la eficaz implementación de su programa de cumplimiento, implica ejercicio del derecho de defensa de la entidad. En este sentido, se pronuncian NIETO (2015) p. 264 y ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas”. En *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Corcoy Vidasolo*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 989, 1000, p. 999.

¹⁵ Concretamente se trataría de una concreción del deber de *compliance*, consistente en ejercer una debida supervisión, vigilancia y control de la actividad de los trabajadores. Sin embargo, la existencia de este deber es controvertida. Así pues, de acuerdo con MONTIEL (2013), pp. 262-265, no resulta sencillo encontrar en la legislación alemana, estadounidense y española un deber legal que obligue a las empresas a someterse a un proceso de auto-limpieza, siendo posible encontrar únicamente deberes genéricos de control o supervisión, pero no directamente un deber específico de investigar.

¹⁶ Tal y como aprecia GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría”. En *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Corcoy Vidasolo*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 1151-1165, p. 1152, al menos hasta el año 2022, del que data la publicación, no existía en nuestro país, ni en países de nuestro entorno de cultura jurídica, ninguna regulación legal detallada de las investigaciones internas imperiales, de cómo deben desarrollarse, ni de los efectos que pueden producir en el proceso penal. Sin embargo, como se argumentará en el siguiente epígrafe (3), la situación legal en España ha cambiado sensiblemente, de forma reciente, con la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (más conocida como la ley *whistleblowing* o la ley de protección de las personas denunciantes).

¹⁷ POUCHAIN (2022) p. 86.

¹⁸ En este sentido, la doctrina alemana también entiende que las relaciones, en el ámbito de una investigación interna, se encuentra, en general, reguladas

Se produce, por lo tanto, una mutación del marco jurídico que rige la obtención de información por parte del investigador. Así pues, mientras las investigaciones penales públicas se rigen por las normas procesales previstas en la legislación procesal penal, estas investigaciones intra-empresariales vendrán reguladas, principalmente, por la normativa laboral y por la normativa de protección de datos personales¹⁹. A estos bloques normativos, en España, hay que añadir la recientemente aprobada Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que obliga a las empresas a contar con sistemas internos de gestión de denuncias (art. 9). Esta norma nacional ha venido a trasponer la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que también alude a las investigaciones internas empresariales como una de las formas de seguimiento de las denuncias internas (considerando 57 y art. 5.12 Directiva 2019/1937)²⁰.

La indicada mutación del marco jurídico resulta especialmente problemática cuando las evidencias obtenidas en el marco de la investigación interna pretenden luego trasladarse a un ulterior proceso judicial, aportando la entidad a las autoridades de persecución penal piezas

por el Derecho laboral (MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”. En ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 137-144, p. 140)

¹⁹ MOOSMAYER (2013) p. 138; DE PRADA; SANTOS (2014) p. 296, sostienen que la configuración legal del sistema de investigaciones internas se enmarca en la normativa laboral y en la normativa de protección de datos española y europea; Sobre las limitaciones que la normativa de protección de datos impone al empleador en el ejercicio de sus poderes de control, véase SÁEZ LARA, Carmen. “Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N. 138, 2017, pp. 185-221.

²⁰ El “seguimiento” de las denuncias es definido en la referida norma europea como “*toda acción emprendida por el destinatario de una denuncia o cualquier autoridad competente a fin de valorar la exactitud de las alegaciones hechas en la denuncia y, en su caso, de resolver la infracción denunciada, incluso a través de medidas como investigaciones internas, investigaciones, acciones judiciales, acciones de recuperación de fondos o el archivo del procedimiento*” (art. 5.12).

de convicción o evidencias recogidas en el marco de la investigación intra-empresarial. Esta colaboración público-privada puede suponer, primeramente, riesgos para los derechos de los trabajadores investigados, que quedan sujetos a una indagación privada sin las garantías propias del sistema procesal²¹; y, en segundo lugar, riesgos para la integridad del sistema de justicia penal, al que podrían acceder evidencias obtenidas con vulneración de derechos de los ciudadanos²².

Piénsese que, incluso, es posible que sean las autoridades de persecución penal las que induzcan a la entidad a recabar pruebas o evidencias, ofreciendo a la corporación a cambio un trato penológico favorable por su colaboración o, incluso, un acuerdo que garantice su impunidad. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es vista, por algunos, como un instrumento, en manos de la Fiscalía, capaz de desvirtuar las garantías procesales²³ a través

²¹ En este sentido, tal y como afirma ESTRADA I CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4. 2020, pp. 227-272, p. 232, existe el riesgo de que la privatización de la investigación penal suponga, en la práctica, una pérdida o degradación sistemática de las garantías constitucional y legalmente reconocidas a la persona frente al poder coercitivo del Estado.

²² Sobre los riesgos de las investigaciones internas empresariales para el efectivo esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de la verdad, véase NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2017, pp. 344-347.

²³ En este sentido, DISKANT, Edward. B., “Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure”, *The Yale Law Journal*, N. 118, 2008, pp. 126-176, p. 132, critica la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su conceptualización como herramienta en manos del fiscal para manipular ciertos aspectos del proceso penal americano; Por su parte, NIETO (2013) sostiene que, el fiscal tiene en sus manos, a través de la política de incentivos, la posibilidad de cambiar el marco jurídico que regula la obtención de información en un proceso penal, en tanto que las investigaciones internas se rigen por el Derecho del trabajo y parten de la relación de sujeción empresario-trabajador y no de la relación Estado-ciudadano investigado. En la misma línea, sobre el sistema estadounidense en clave comparativa con el sistema continental español, véase NEIRA PENA, Ana-María. “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle to prosecution?”. En Brodowski, Dominik; ESPINOZA DE LOS MONTE-ROS DE LA PARRA, Manuel; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joaquim (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Suiza: Springer, 2014, pp. 197-210.

del uso de la corporación privada como una “*pieza camuflada del Estado*”²⁴ investigador.

Otro aspecto clave para una correcta caracterización de las investigaciones internas es su carácter reactivo. Esto implica que las referidas investigaciones se inician ante sospechas o indicios de una conducta infractora, con el fin de esclarecer lo acontecido²⁵. Esta nota aproxima las indagaciones privadas a las investigaciones públicas, que también son legítimas únicamente en la medida en que se inician ante la existencia de indicios o sospechas de una infracción, siendo inadmisibles de carácter preventivo o inquisitivo²⁶.

²⁴ Expresión empleada en la STS (Sala de lo Penal) N. 116/2017, de 23 de febrero. Caso Falciani. F. J. 7º.

²⁵ En palabras de GALLEGO (2022), p. 1153, estas investigaciones operan reactivamente, esto es, tras la constatación de un hecho que verosíblemente permite hablar de una sospecha de infracción de alguna de las obligaciones contenidas en el sistema de gestión de riesgos penales de la entidad.

²⁶ En este sentido, la LECrim exige que las denominadas “medidas de investigación tecnológica” (ej. la interceptación de comunicaciones o el registro de equipos informáticos) respeten el principio de especialidad, que exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, no pudiendo autorizarse aquellas que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva, en tanto que supondrían una inaceptable *inquisitio generalis*. Sobre esta práctica, propia del modelo inquisitivo, actualmente vedada, véase AGUILERA MORALES, Marien. *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Pamplona: Aranzadi, 2008; A la improcedencia de este tipo de investigaciones prospectivas se refiere también la STS (Sala de lo Penal) N. 228/2015, de 21 de abril, que confirmó la condena al Juez Elpidio Silva por un delito prevaricación, por abrir una causa general en la que se investigó todo el proceso de gestión al frente de la entidad bancaria Caja Madrid. La actuación del Juez habría consistido en ordenar, entre otras diligencias de investigación, la reclamación de tres grupos de direcciones de correos electrónicos corporativos: los de los propios imputados, los de los inspectores del Banco de España encargados de la supervisión de Caja Madrid entre los años 2002 y 2010, y los de los miembros del Comité de Riesgos, del Comité Financiero y Comisión Ejecutiva Delegada de Caja Madrid entre 2003 y 2010. Igualmente, se reclamaba el contenido de los correos electrónicos recibidos o remitidos desde esas direcciones en igual periodo de tiempo, sin que, a pesar de la solicitud de uno de los imputados de separación de los correos que tenían relación con el préstamo objeto de la denuncia del resto de la correspondencia, se proveyera en tal sentido por el Juez posteriormente condenado.

Sin embargo, el carácter reactivo aleja y distingue a las investigaciones internas de otras medidas de control empresarial. En este sentido, resulta relevante subrayar la importancia de diferenciar las actividades de control y las de investigación empresarial, advirtiendo que “*el perímetro conceptual de las investigaciones internas no abarca meras actividades de control genérico, sino que comprende (al igual que el proceso penal) actividades destinadas a (intentar) reconstruir el pasado*”²⁷, que se inician a partir de una sospecha de haberse cometido un ilícito o, incluso, cuando ya hay un proceso judicial en marcha²⁸.

En definitiva, por definición, el inicio de una investigación interna empresarial solo procederá si existe, cuando menos, una sospecha de haber tenido lugar un incumplimiento normativo. En este sentido, concuerdo con MONTIEL²⁹ en que resulta conceptualmente discutible hablar de investigaciones preventivas³⁰ o distinguir entre investigaciones con o sin sospecha³¹.

Para terminar de caracterizar a las investigaciones internas empresariales, vale la pena realizar alguna reflexión sobre el qué y el quién. Esto es, qué tipo de actuaciones se desarrollan normalmente como parte de una investigación interna y quién suele desarrollarlas y dirigir las en la práctica.

En cuanto al contenido de las actuaciones de investigación, las acciones más habituales consisten, por una parte, en analizar documentación y, por otra, en examinar a aquellos agentes de la entidad

²⁷ MONTIEL (2013) pp. 258-259.

²⁸ En este sentido, es posible distinguir las investigaciones prejudiciales de las parajudiciales, según la investigación se inicie antes o después de la apertura de la investigación judicial (GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, Circular FGE 1-2016 y jurisprudencia del TS*. Madrid: Civitas, 2016, pp. 221-223)

²⁹ MONTIEL (2013) p. 270, nota 87.

³⁰ En este sentido, COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. “Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance”. En MADRID BOQUÍN, Christa María; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 609-652, pp. 611-613, distingue entre investigaciones preventivas, confirmatorias o defensivas.

³¹ ESTRADA; LLOBET ANGLÍ (2013) p. 201.

que pudieran tener conocimiento directo o indirecto sobre la infracción, dejando constancia documental de todas estas actuaciones, así como de los resultados que arrojen las mismas.

Por lo tanto, sin poder descartar otras actuaciones de indagación, tales como registros de ordenadores, videograbaciones o seguimientos en el espacio físico y/o virtual, cabe afirmar que las principales fuentes de información de tales investigaciones son, por una parte, los archivos de la corporación y, por otra, las declaraciones de los trabajadores, u otros miembros de la entidad, que sean, a tal fin, entrevistados por los profesionales al cargo³². Mientras los documentos o archivos de la entidad pueden proveer el registro más claro y completo de los eventos y transacciones clave, la información más reveladora proviene, normalmente, de las entrevistas con los empleados. En este sentido, se afirma que los documentos son el esqueleto, pero las entrevistas son el corazón y el alma de las investigaciones internas³³.

Sobre los sujetos encargados del desarrollo de estas indagaciones privadas, es habitual que sean encomendadas a profesionales de la abogacía³⁴, que pueden ser internos o contratados específicamente a tal fin³⁵. El motivo

³² GREEN, Bruce; PODGOR, Ellen S. “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, N. 54, 2013, pp. 73-126, p. 87.

³³ DUGGIN (2003) pp. 891-892.

³⁴ No existe inconveniente, sin embargo, en que sean titulados en administración y dirección de empresas, auditores u otro tipo de profesionales los que asuman el encargo, con tal de que cuenten con una formación coherente con lo que serán sus cometidos esenciales en el desarrollo de la investigación.

³⁵ En la decisión de si recurrir a un abogado externo o al abogado interno de la empresa, puede tener relevancia la doctrina del TJUE en el *Caso Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros*, *Rec. C-550 P/2007* (STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010). En este asunto, se enjuiciaba el uso por la Comisión Europea de dos correos electrónicos cruzados entre el director general de la empresa y el abogado interno de la misma que, a su vez, era directivo de la entidad en un procedimiento administrativo sancionador. El TJUE vinculaba el privilegio de la confidencialidad a la independencia del abogado. En este sentido, argumentó que la independencia *implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente, de modo que la protección con arreglo al principio de la confidencialidad no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con abogados internos*, entre otras cosas porque *el abogado interno no puede*

de encargar el desarrollo de las investigaciones a los abogados, además de la importancia de su formación jurídica, radica en que, confiando tales actuaciones a un profesional con ese perfil, se asegura, en mayor medida, la confidencialidad de sus resultados³⁶, en tanto que sus comunicaciones y los documentos que se produzcan en el marco de la investigación estarán protegidos por la confidencialidad que informa la relación abogado-cliente y por las obligaciones de secreto del profesional³⁷.

3.- LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EMPRESARIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España, las investigaciones internas empresariales son una práctica en expansión, como demuestra el hecho de que, cada vez en mayor medida, los despachos de abogados ofrezcan este servicio³⁸.

hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo (apdo. 44). En definitiva, el TJUE sostuvo, en el referido caso, que *el abogado interno no puede, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra (...) que no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional* (apdo. 47).

³⁶ En este sentido, DUGGIN (2003) p. 889, señala que se encomienda normalmente a los abogados por dos razones. En primer lugar, por la necesidad de conocimientos legales para determinar si los actos y omisiones objeto de investigación vulneran la ley. En segundo lugar, por la protección que otorga el *attorney-client* y el *work product privileges* a los materiales que resulten de tal investigación. Por otra parte, existe un relativo acuerdo en que resulta más adecuado contratar a un abogado externo para tal fin, porque así se refuerza la confidencialidad de sus actuaciones y se asegura en mayor medida su independencia en relación con la entidad.

³⁷ Según GALLEGO (2022) p. 1156, toda la comunicación que se genere entre trabajadores y abogados estará protegida con ese privilegio siempre que tenga la finalidad de buscar y recibir asesoramiento para la persona jurídica, por lo que sería aconsejable marcar todos los documentos y comunicaciones relaciones con la investigación interna con algún elemento gráfico que señale este privilegio. Pero, hay que tener en cuenta, como también señala el autor, que el secreto profesional del abogado puede ser renunciado por el cliente, que es la empresa y no sus trabajadores, individualmente considerados.

³⁸ “*Los departamentos de Forensic de grandes auditoras ofrecen servicios especializados en prevención, detección e investigación del fraude empresarial y financiero (...)*” (DE PRADA; SANTOS (2014), pp. 297-298)

Sin duda, en la generalización de esta práctica ha tenido mucho que ver la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida originariamente en España por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, luego modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ambas reformadoras del Código Penal español (en adelante, CP). Esta regulación, contenida en los arts. 31 bis a 31 quinquies y concordantes del CP, aun sin contener una mención expresa a las investigaciones intraempresariales, supone un claro incentivo al desarrollo de las mismas.

Antes de la referida reforma penal, las empresas no tenían incentivos claros para investigar y descubrir aquellos delitos que pudieran cometer sus agentes en el desarrollo de su actividad, viniendo más bien “animadas” a ocultarlos, para evitar, de este modo, responder subsidiariamente por los actos realizados por sus agentes en la esfera civil y para lograr, al mismo tiempo, consolidar en el patrimonio social las ganancias derivadas de la actividad ilícita.

Sin embargo, con la introducción de un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, el panorama descrito ha cambiado sustancialmente, provocando una desalineación de los intereses de la empresa y sus agentes en los casos en que estos cometen ilícitos penales por cuenta de la entidad. En ese sentido, se afirma que, “*en la mayoría de los ordenamientos donde se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han creado las condiciones necesarias para que exista una competición entre persona física y jurídica con el fin de alcanzar las zanahorias de la colaboración*”³⁹. La lógica ínsita en la regulación es clara: la entidad es incentivada, a través de atenuaciones y exenciones de pena, para descubrir a los responsables individuales del delito⁴⁰.

³⁹ NIETO (2013).

⁴⁰ En Estados Unidos, los *Principles of federal prosecutions of business organizations*, establecen como un factor a tomar en consideración para decidir si presentar cargos frente a la persona jurídica “*the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation’s malfeasance*”, con lo que la entidad, para ser vista como cooperativa, debe colaborar en el descubrimiento de los responsables individuales. Por su parte, nuestro CP dispone algo similar, al señalar como circunstancia atenuante la entrega a las autoridades de pruebas nuevas y decisivas para establecer las responsabilidades dimanantes de los hechos (art. 31 quáter c) CP).

La regulación contenida en el CP premia a aquellas empresas que se involucran en la prevención y detección de conductas ilícitas. Esto se observa claramente al analizar las circunstancias que atenúan la responsabilidad de la persona jurídica. Así pues, la entidad que comete un delito podrá ver atenuada su responsabilidad si, después de la comisión del hecho, confiesa la infracción a las autoridades de persecución penal (art. 31 quater a) CP), aporta pruebas nuevas y decisivas para esclarecer los hechos (arts. 31 quater b) CP) o implementa medidas eficaces, no solo para prevenir, sino también para descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse bajo su cobertura (art. 31 quater d) CP).

Se premia, por lo tanto, con una reacción penológica atenuada, a la corporación que colabora activamente en el esclarecimiento de los hechos, aportando información o pruebas de cualquier tipo. Actividad colaborativa que, claramente, presupone la realización previa de alguna actividad interna de producción y/o recopilación de evidencias. Así pues, la confesión y la aportación de pruebas requerirán, normalmente, de una previa investigación por parte de la entidad para determinar lo ocurrido en su seno, mientras que la adopción de instrumentos orientados a descubrir los delitos presuntamente cometidos parece referirse, directamente, a los sistemas de denuncia interna e, indirectamente, a la práctica de las investigaciones intraempresiales.

A mayor abundamiento, la entidad que muestra una actitud colaborativa con la justicia, además de ver atenuada su responsabilidad, pone de manifiesto que no existe necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva (art. 66 bis 1º a) CP), con lo que el juzgador podría considerar improcedente la imposición de las penas interdictivas o restrictivas de derechos previstas en el art. 33.7, letras b) a g) CP, que poseen una marcada orientación preventivo-especial⁴¹, limitándose en tal caso la respuesta penal a una pena de multa.

Pero, los beneficios de investigar para colaborar con la justicia no se limitan al momento de determinación de la pena. Así pues, la

⁴¹ La imposición y extensión de las penas restrictivas de derechos, distintas de la multa, se condiciona a la valoración de distintas circunstancias, entre las que ha de considerarse “*su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*” (art. 66 bis 1º CP).

entidad que desarrolla una investigación interna y entrega sus resultados a la justicia podría, incluso, quedar exenta de responsabilidad penal si, de tal actuación, se deduce que no hubo un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control que se le encomiendan (arts. 31 bis 1 b) y 31 bis 2. 2º CP). En este sentido, resulta relevante mencionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, según la cual, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en *“en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces, que prevengan e intenten evitar, en la medida de lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”*⁴².

Por su parte, la Fiscalía General del Estado español también apuesta por la exención de responsabilidad de la entidad que investiga internamente las sospechas de comisión de ilícitos penales para cooperar con la justicia. En este sentido, afirma que *“la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena”*⁴³.

A la regulación contenida en el CP, se añaden ahora las disposiciones de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección de las

⁴² STS (Sala de lo Penal) N. 154/2016, 29 de febrero. Así pues, de acuerdo con esta resolución, *“la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran”*.

⁴³ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 28. Disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf, último acceso: 29/05/2023. También en la doctrina se defienden posturas similares. Así, por ejemplo, en opinión de DO-PICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”, *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid: Francis & Taylor, 2010, pp. 11-38, p. 33, si una empresa tiene mecanismos de prevención y de reacción frente al delito reales y efectivos, que prevén la denuncia de los empleados y que, tras detectar el delito los ejecutan, debe entenderse que la entidad prestó el cuidado debido mediante un control reactivo, por lo que no cabe imputarle responsabilidad penal por el delito cometido por sus agentes.

personas denunciante (ya referida), que obliga a las entidades que integran el sector público, así como a ciertas entidades privadas – entre otras, las que tengan cincuenta trabajadores o más contratados, partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales- a contar con un sistema interno recepción y gestión de denuncias. De esta forma, la referida norma viene a complementar la obligación de informar de posibles incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención como requisito de un modelo de *compliance* eficaz (art. 31 bis 5. 4º CP).

De la conjunción de ambas normativas –CP y Ley 2/2023, de 20 de febrero- se deriva la necesidad de que las empresas cuenten con un canal de denuncias confiable, que sirva para detectar irregularidades, implicando en tal labor a los trabajadores de la entidad y a otros agentes. De esta forma, se democratiza el control y la labor de prevención y detección de ilícitos, en tanto que se hace partícipes de la misma a todos los miembros de la organización, evitando un sistema de control basado exclusivamente en la vigilancia vertical, de los superiores sobre sus subalternos.

El canal de denuncias interno es la herramienta de *compliance* naturalmente llamada a preceder a la investigación interna. En este sentido, se advierte que, detectada una infracción con apariencia delictiva, ya a través del canal de denuncias, ya por otra vía, la corporación tiene principalmente dos opciones. Una de ellas sería acudir directamente a las autoridades públicas, poniendo en su conocimiento las actuaciones de las que se ha tenido conocimiento, para que sean estas las que investiguen⁴⁴. La otra opción, que la entidad tiene sobre la mesa, consiste en gestionar internamente la información recibida, desarrollando las comprobaciones precisas para esclarecer los hechos, antes de decidir si acudir a las autoridades públicas competentes para la persecución de las infracciones de que se trate.

De hecho, como ya se avanzó, la nueva legislación sobre protección de informantes o denunciante viene a establecer la obligación de las

⁴⁴ De hecho, de acuerdo con la nueva ley de protección de denunciante, esta parece ser la actuación debida para el supuesto de que los hechos denunciados pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito, en cuyo caso se prevé la remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato (art. 9.2 j) de la Ley 2/2023, de 20 de febrero)

empresas de contar con procedimientos internos para la gestión de las informaciones recibidas en relación con infracciones normativas. En este sentido, se prevé que el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad sujeta a esta normativa aprobará un procedimiento de gestión de informaciones que deberá ajustarse al contenido y a los principios previstos en la norma (art. 9.1 Ley 2/2023, de 20 de febrero), debiendo además contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones desarrolladas (art. 26.1 Ley 2/2023, de 20 de febrero⁴⁵)⁴⁶. Se viene a instituir, de esta forma, una obligación expresa para las empresas de cierto tamaño de regular un procedimiento interno de investigación de las denuncias recibidas.

Entre los requisitos legales de este procedimiento de gestión de informaciones previstos en el art. 9.2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, cabe destacar la necesidad de prever un plazo máximo, que no podrá exceder de tres meses, para dar respuesta a las actuaciones de investigación

⁴⁵ El precepto dispone que “*Todos los sujetos obligados, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, a disponer de un canal interno de informaciones, con independencia de que formen parte del sector público o del sector privado, deberán contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad previstos en esta ley. Este registro no será público y únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella, podrá accederse total o parcialmente al contenido del referido registro.*”

⁴⁶ El potencial incriminatorio de ese libro-registro conduce a plantearse si, tratándose de un proceso penal en el que la empresa esté siendo investigada, esta podría negarse a entregarlo a la autoridad judicial, amparándose en su derecho a no auto-incriminarse. En este sentido, cabe advertir que, el hecho de que la Ley 2/2023, de 20 de febrero, establezca la obligación expresa de contar con ese libro-registro, podría suponer su exclusión del ámbito de protección del derecho a no autoincriminarse. Y ello porque, de acuerdo con doctrina reiterada del TC español, los documentos cuya existencia tiene un carácter obligatorio *ex lege* y, por lo tanto, independiente de la voluntad del sujeto en cuestión quedan excluidos del ámbito de protección del derecho a no declarar (SSTC 76/1990, de 20 de abril, F. J. 10º y 161/1997, de 2 de octubre, F. J. 6º). En la misma línea, el TEDH especifica que, para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos, es preciso que la medida coactiva se dirija a la obtención de documentos o fuentes de prueba cuya existencia dependa de la voluntad del investigado, quedando excluidos aquellos que existan por voluntad de la ley (STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido).

(d), el carácter contradictorio (f) y confidencial del procedimiento (g), así como la exigencia de que se respeten a los derechos a la presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas (h) y de que se observen las disposiciones sobre protección de datos personales (i).

Respecto de las posibles actuaciones de comprobación o indagación, la ley tan solo prevé la posibilidad de solicitar, cuando sea necesario, información adicional a la persona denunciante (art. 9.2 e) Ley 2/2023, de 20 de febrero). Esta disposición, sin embargo, no permite excluir la necesidad de realizar otras actividades de indagación, tales como interrogatorios o entrevistas a trabajadores, examen de documentación relevante o, en su caso, realización de comprobaciones por expertos independientes sobre ciertos hechos cuya apreciación requiera de determinados conocimientos técnicos.

Igualmente, la normativa sobre protección de datos⁴⁷, prevé la posibilidad de que el empleador acceda al contenido de los dispositivos telemáticos facilitados a los trabajadores por el empresario cuando sea necesario para controlar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 87.2), así como de que haga uso de sistemas de video-vigilancia y grabación de sonido en el lugar de trabajo (art. 89) o de sistemas de geolocalización (art. 90), siempre que se respete el contenido básico del derecho a la intimidad y las legítimas expectativas de privacidad de los trabajadores⁴⁸.

Sea como fuere, parece evidente que las normativas analizadas ya no solo incentivan a las empresas a adoptar procedimientos de supervisión, vigilancia y control de las actividades de sus miembros, sino que, para al menos para ciertas entidades, se establece una obligación legal de regular

⁴⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).

⁴⁸ Para respetar las legítimas expectativas de privacidad del trabajador, resulta esencial que el empleador le informe, no solo sobre las normas de uso de los recursos digitales que pone a su disposición, sino también sobre la existencia y las características de los sistemas de control que se implementarán, así como sobre los fines de recogida y de tratamiento de sus datos personales. Sobre esta cuestión, véase DURO CARRIÓN, Susana. “El deber de información en el artículo 87 y 89 LOPDGDD. La quiebra de la expectativa de privacidad vinculada al derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales en liza en la relación laboral”, *Revista de Derecho Laboral*, N. 3, 2021, pp. 70-93.

un procedimiento interno a través del que dar trámite a las informaciones recibidas acerca de infracciones o incumplimientos normativos. En este contexto, la facultad de las empresas para investigar internamente la comisión de las infracciones denunciadas resulta incuestionable por lo que, consecuentemente, se hace necesario ofrecer a los individuos eventualmente sujetos a tal poder empresarial de comprobación ciertas garantías, en la línea ya apuntada por la propia normativa (arts. 87, 89 y 90 LOPDGDD y art. 9.2 f) y h) Ley 2/2023, de 20 de febrero).

En todo caso, aunque la ausencia de una regulación legal específica sobre las investigaciones internas ha sido en cierta medida suavizada por los desarrollos contenidos en la legislación laboral, en la normativa sobre protección de datos y, particularmente en la ley de protección de denunciantes, este marco normativo de referencia continúa siendo claramente insuficiente, y ha de ser necesariamente complementado con el desarrollo de procedimientos internos de actuación por parte de las empresas, en el ejercicio de sus facultades de autorregulación.

Hay que tener en cuenta que, en la práctica, será la empresa la que decida sobre el inicio y la finalización de las pesquisas, sobre el nivel de sospecha requerido para iniciar la investigación⁴⁹, sobre la persona que desarrollará la investigación, sobre cuál será su alcance e, incluso, sobre el procedimiento a seguir en la recolección de evidencias⁵⁰. Todas estas cuestiones que, en una investigación pública vienen legalmente determinadas, se dejan en manos de entidades privadas que, además, por definición, son parte interesada en el resultado de la investigación que se les encomienda desarrollar. Por lo tanto, sería muy positivo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la correcta protección de los derechos de los trabajadores, que las empresas, al igual que se dotan de programas de *compliance* documentados por escrito, adoptasen normas internas explicitando, entre otros extremos, la finalidad de las investigaciones internas, los plazos, las fases del procedimiento, las medidas de investigación que podrían desarrollarse, las garantías de los denunciantes y de los sujetos investigados, así como las formas en que la investigación podría finalizar, detallando, en su caso, en qué

⁴⁹ Sobre este aspecto, véanse las reflexiones de MONTIEL (2013) pp. 267-270.

⁵⁰ GREEN; PODGOR (2013) p. 87.

medida las informaciones facilitadas por los trabajadores podrían ser reveladas a terceros⁵¹

4.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EMPRESARIALES

Independientemente de que exista, o no, una regulación específica sobre las investigaciones internas empresariales, se debe advertir que, en estas, al igual que en las investigaciones públicas, no resulta admisible la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

En este punto, resulta esencial erigir los derechos fundamentales de los miembros de la entidad como límite infranqueable a la actividad de *compliance* empresarial⁵² y, en general, como límite a las facultades organizativas y de dirección y control del empresario⁵³. Así pues, el celo por descubrir las malas prácticas corporativas no puede suponer el sacrificio de los derechos fundamentales de los individuos, por lo que, es preciso buscar un equilibrio entre los deberes de la entidad en orden al descubrimiento y la prevención de delitos y el necesario respeto a los derechos de sus agentes.

A pesar de que los derechos fundamentales se conciben originalmente como protecciones de los individuos ante el poder estatal, su eficacia horizontal cobra cada vez más relevancia⁵⁴, especialmente

⁵¹ Cfr. ÁLCACER (2022) pp. 997-998; GALLEGO (2022), pp. 1157-1158; En la misma línea, MONTIEL (2013) pp. 265-267, propone la adopción de “ordenanzas procesales internas” por parte de las personas jurídicas, en las que se regulen las fases de la investigación, las facultades investigativas del empresario, las condiciones de los interrogatorios, la extensión de los deberes de información de los interrogados, etc.

⁵² ALCÁCER (2013); Tal y como afirma RODRÍGUEZ (2021) pp. 4 y 6, la autorregulación viene limitada por el marco constitucional y la actuación de los sujetos privados debe encontrarse subordinada y limitada por los derechos fundamentales asegurados por la Constitución.

⁵³ Cfr. STC 292/1993, de 18 de octubre, F. J. 4º.

⁵⁴ Sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N. 1, 1998, pp. 59-64; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1, semestre

ante la creciente posibilidad de que sea un particular el que los vulnere, posibilidad que se ha visto claramente facilitada en las últimas décadas por los avances tecnológicos⁵⁵.

La referida eficacia horizontal de los derechos resulta especialmente trascendente cuando, entre los particulares, se dan relaciones de especial sujeción o de subordinación, como ocurre, señaladamente, en el entorno laboral. En este contexto, la relación de sujeción del empleado respecto de su empleador supone que, efectivamente, aquel puede venir obligado a soportar determinadas medidas de control y/o de comprobación necesarias para que el empleador pueda cumplir con sus deberes de dirección. Sin embargo, esto no implica que el empleado quede desprovisto de derechos frente al empresario.

Respecto de los derechos sustantivos, concretamente el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, parece evidente que estos han de suponer un límite para las medidas de vigilancia, control e investigación del empresario⁵⁶. En este contexto, resultará clave el concepto

1999, pp. 193-211; BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., et al., *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004, pp. 179-195; ANZURES GURRIA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N. 22, 2010, pp. 1-51; Sobre el tema, destaca la obra colectiva monográfica VV.AA. *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*. MATEOS DURÁN, Arnulfo Daniel (Coord.). Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2022.

⁵⁵ Tal y como afirma SAEZ (2017) p. 187, “*el uso de tecnologías de la información multiplica las posibilidades de control empresarial al mismo tiempo que se multiplican las posibilidades de limitación de los derechos del trabajador*”.

⁵⁶ En este punto, resulta relevante traer a colación lo dispuesto en la LOPDGDD según la cual “*Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.* (art. 87.1). En el mismo texto legal, se impone también el debido respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores para los casos en que el empresario haga uso de sistemas de vídeo-vigilancia y grabación de sonido en el lugar de trabajo (art. 89 LOPDGDD) o de sistemas de geolocalización (art. 90 LOPDGDD). En ambos casos se establece la obligación del empresario de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de los dispositivos empleados. Además, el uso de sistemas de vídeo-vigilancia se encuentra sometido a los principios de proporcionalidad e intervención mínima, estando prohibido en lugares destinados al descanso

de expectativa razonable de privacidad, originariamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema americana⁵⁷ e importado, primero, por el TEDH⁵⁸ y después por el TC español⁵⁹. A este respecto, debe de advertirse que “*el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones tiene lógicamente una distinta intensidad según su afectación tenga lugar en la relación estado-ciudadano que en la de empleado-empresario, pero una vez que se constata la vulneración de un derecho fundamental las consecuencias deben ser similares*”⁶⁰.

El problema de más difícil resolución se encuentra, sin embargo, al tratar de determinar en qué medida tales investigaciones internas, sobre todo cuando se orientan a colaborar con la Administración de justicia en el descubrimiento y la persecución pública de delitos, deben respetar los derechos procesales de los individuos investigados⁶¹. En este

o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

⁵⁷ El concepto de “*reasonable expectation of privacy*” fue desarrollado originalmente en *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Sobre la evolución del concepto en la jurisprudencia estadounidense, véase GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 32, N. 92, 2011, pp. 42-72.

⁵⁸ Sobre el concepto de expectativa razonable de privacidad del TEDH, véase la STEDH de 18 enero 2011. Caso *Mgn Limited c. Reino Unido*, párrafo 87 o, más recientemente, la STEDH de 17 de octubre de 2019. Caso *López Ribalda contra España*, en la que se establecen los criterios a considerar para valorar la proporcionalidad de las medidas de vídeo-vigilancia en el lugar de trabajo, de forma que sean respetuosas con la expectativa razonable de privacidad de los trabajadores. Estos criterios son la información facilitada al trabajador, el alcance temporal, especial y subjetivo de la medida, así como su necesidad o la inexistencia de otras medidas menos intrusivas e igualmente idóneas, las razones justificativas de su adopción y las consecuencias para el trabajador sujeto al control (párrafo 116).

⁵⁹ STC 241/2012, de 17 diciembre. Para entender la evolución de la doctrina constitucional en España, véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, *Diario La Ley*, N. 8122, 9 de julio de 2013.

⁶⁰ NIETO (2013).

⁶¹ Resultan de interés, en este punto, las reflexiones de ESTRADA (2020) pp. 257-258, al afirmar que, en determinadas investigaciones internas, el empleado se encuentra en una situación de subordinación respecto del empleador análogo a la relación entre el ciudadano y el Estado en el proceso penal. De

sentido, se hace necesario aclarar si, derechos tales como el consistente en ser informado de la acusación, el de asistencia letrada, el derecho a no declarar o el derecho a la presunción de inocencia⁶², son extensibles al ámbito de las investigaciones internas empresariales⁶³.

Especialmente controvertida resulta la extensión del derecho a no declarar al ámbito de las investigaciones internas empresariales. Y es que, tal y como afirma MONTIEL, un traslado de las garantías del proceso penal a las investigaciones internas podría generar notables interferencias y deformaciones en las relaciones jurídicas amparadas por el Derecho laboral, especialmente porque el trabajador podría incumplir deberes legales o contractuales bajo el amparo de la garantía del principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”⁶⁴. En la misma línea, se afirma que la negativa del empleado a responder las preguntas del empleador, especialmente cuando están vinculadas directamente al ejercicio de las funciones laborales, conlleva no solo el incumplimiento de su deber de rendir cuentas, sino también la transgresión de las órdenes e instrucciones del empresario, lo que podría justificar una sanción disciplinaria de despido⁶⁵.

acuerdo con el autor, esta identidad estructural entre la investigación interna y la estatal se produce, al menos, cuando el empleador: i) *trate de esclarecer un hecho penalmente relevante*, ii) *recopilando material probatorio de forma sistemática* y iii) *mediante el empleo de recursos humanos y materiales equivalentes, si no superiores, a los utilizados por las autoridades públicas competentes de la persecución del delito*.

⁶² Este derecho está expresamente previsto en el art. 9.2 h) Ley 2/2023, de 20 de febrero, como principio informador de las actuaciones que desarrolle la empresa al gestionar internamente las denuncias recibidas.

⁶³ Sobre este particular, resulta interesante el dictamen del Colegio Federal de Abogados de Alemania (BRAK) según el cual se podrá interrogar a los trabajadores siempre que se les garanticen ciertos derechos, tales como acceso a una información fiable previa al interrogatorio, asistencia técnica-letrada e, incluso, el derecho a permanecer en silencio, resultando ilícitas las pruebas obtenidas mediante engaño o violencia (Resolución del Colegio Federal de Abogados de Alemania (BRAK) 35/2010, Tesis 3, pp. 9 y ss. Disponible en <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/november/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf>, último acceso: 29/05/2023.

⁶⁴ MONTIEL (2013) p. 270.

⁶⁵ POUCHAIN (2022) p. 84; En la misma línea, se pronuncian, entre otros, ESTRADA (2020) pp. 247-248; TEJADA PLANA, Daniel. *Investigaciones*

Ahora bien, cabe preguntarse si esa declaración que el trabajador presta bajo la amenaza –probablemente legítima desde el punto de vista del Derecho Laboral- de ser despedido, puede ser usada como prueba en el proceso penal. Resulta indiscutible que el trabajador que declara bajo la amenaza de ser despedido o sancionado disciplinariamente, actúa sometido a una presión importante⁶⁶, lo que sin duda supone un cierto grado de coerción en la prestación de sus declaraciones⁶⁷ o, al menos, revela que estas no son enteramente libres o espontáneas. Por eso, en las investigaciones internas, al ocupar la corporación una posición dominante comparable a la del Estado⁶⁸, especialmente si se pretenden generar elementos de prueba admisibles en un proceso judicial, deberían de exigirse garantías análogas a las de una investigación pública.

Así pues, para atenuar la tensión con los derechos fundamentales que se produce en los interrogatorios de los empleados realizados en el marco de las investigaciones internas, se propone que el investigador, antes de entrevistar a un empleado, le informe con claridad sobre su situación legal, sobre sus derechos y sobre el destino que pretende dársele a sus declaraciones, dejando absolutamente claro que el abogado representa en exclusiva los intereses de la entidad, que no tienen por qué coincidir con los del trabajador y que, si la empresa renuncia al privilegio de la

Internas, Cooperación y Nemo Tenetur: Consideraciones Prácticas Nacionales e Internacionales, Pamplona: Aranzadi, 2020, pp. 141 y ss.

⁶⁶ GREEN; PODGOR (2013) p. 88.

⁶⁷ De acuerdo con POUCHAIN (2022) p 85, “la amenaza de despido puede ser suficiente para generar una coacción de hecho sobre el empleado, que es capaz de viciar la manifestación de voluntad del empleado de declarar. A fin de cuentas, la alternativa en la que se coloca al empleado, entre perder su trabajo –la base de su sustento– o autoinculparse, no es exactamente una elección libre entre hablar o silenciar”.

⁶⁸ Según GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la Administración de justicia”. En *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, N. 6, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2009, pp. 221-289, p. 233, las investigaciones internas deben ser entendidas como una forma de delegación a la empresa de la “potestad -tanto material como procesal- de ejercer el ius puniendi sobre quienes se encuentran sometidos a su soberanía”, esto es, sus trabajadores en sentido amplio.

confidencialidad, la información proporcionada por el trabajador podrá ser facilitada a terceros⁶⁹.

Con la referida forma de proceder, se posibilitaría que los individuos investigados pudiesen negarse a declarar cuando entendiesen que sus manifestaciones podrían redundar en su autoincriminación en un posterior proceso penal, aunque de esta forma se arriesgasen a sufrir una sanción disciplinaria, que podría implicar, incluso, su despido. Además, se legitimaría a la empresa para aportar, *a posteriori*, al proceso penal, la información dada por sus empleados, sin que pudiese objetarse que la misma hubiera sido obtenida mediante coerción o engaño⁷⁰.

Por último, cabe reflexionar sobre las consecuencias de la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte del empresario que desarrolla una investigación interna, las cuales podrían reflejarse en varios órdenes. En primer lugar, en el ámbito laboral, la vulneración de derechos podría suponer la improcedencia o nulidad de la sanción disciplinaria de despido basada en evidencias obtenidas sin respetar los derechos del trabajador⁷¹. En segundo lugar, en el orden civil, podría nacer una eventual responsabilidad patrimonial, que obligaría a la

⁶⁹ Tales advertencias se han denominado “Miranda empresarial” por sus semejanzas con la instrucción de derechos que se hace a las personas detenidas en Estados Unidos antes de tomarles declaración, conocidas como “*Miranda Warnings*”. En España, recoge esta denominación, NIETO (2013). En la misma línea, se pronuncia GALLEGO (2022) pp. 1157-1158, quien insiste en la importancia de documentar la prestación del consentimiento otorgado por el trabajador a ser entrevistado, habiéndosele informado previamente de las advertencias referidas.

⁷⁰ Cfr. NIETO (2013) Véanse, en la misma línea las reflexiones de GALLEGO (2022) pp. 1157-1158, para quien, recoger por escrito del consentimiento del trabajador a ser entrevistado, así como realizarle ciertas advertencias previas a la entrevista, puede servir para legitimar, posteriormente, el uso de sus declaraciones autoincriminatorias como prueba en el proceso.

⁷¹ Véase, en este sentido, la STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu c. Rumanía*, que establece ciertos límites a los poderes de dirección del empresario en cuanto al control que puede desplegar sobre el uso que los trabajadores hacen de los medios telemáticos que la empresa pone a su disposición. Por su parte, la STS (Sala de lo Penal) N. 489/2018, de 23 de octubre, traslada a la jurisdicción penal el denominado *test Barbulescu*. En este sentido, al Alto Tribunal sostiene que, tampoco en este ámbito, resulta admisible “*un acceso inconsentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente*

empresa a resarcir al trabajador por los daños y perjuicios causados por su conducta⁷². Y, en tercer lugar, en el ámbito penal, la empresa podría responder por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el art. 197 CP, e imputable a las personas jurídicas según el art. 197 quinquies del mismo texto legal⁷³.

A mayor abundamiento, cabe plantearse si la empresa que colabora con la justicia, aportando pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de los hechos, podrá beneficiarse de la atenuante contenida en el art. 31 quáter b) CP, cuando las pruebas aportadas han sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales de sus trabajadores. En este sentido, parece oportuno advertir que, aunque el CP no lo diga expresamente, las pruebas que aporte la empresa acusada, para gozar de eficacia atenuante, además de nuevas y decisivas, debieran de ser también lícitas, no pudiendo, por lo tanto, haberse obtenido con vulneración, directa o indirecta, de ningún derecho fundamental⁷⁴. La postura contraria supondría incentivar legalmente la vulneración de derechos por parte de la empresa, lo que seguramente provocaría excesos y extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de investigación que se encomiendan a las corporaciones privadas como parte de sus deberes de *compliance*.

Pero, además de las referidas consecuencias materiales, hay que tener en cuenta que la vulneración de un derecho fundamental

limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa”

⁷² Resultaría aplicable, en este punto, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

⁷³ Resulta digna de mención la STS (Sala de lo Penal) N. 328/2021, de 24 de abril, por la que se confirma la condena de un empresario por delito de descubrimiento y revelación de secretos, al haber accedido al correo electrónico de un trabajador –tanto el corporativo como uno personal que tenía instalado en el ordenador de la empresa–, con el fin de confirmar la existencia de indicios de un delito contra el patrimonio empresarial. En el referido caso, el Tribunal Supremo español considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad del trabajador, dado que no consta acreditado ni el consentimiento del trabajador ni tampoco un posible acuerdo o advertencia previa que permitiera «excluir cualquier expectativa de privacidad por parte» del trabajador.

⁷⁴ NEIRA (2017) pp. 352-353.

por parte del empresario en una investigación interna también puede tener consecuencias o costes en el plano procesal⁷⁵. En este sentido, se hace preciso determinar en qué medida la regla de exclusión probatoria, que prohíbe el uso de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, resulta de aplicación en este ámbito. A esta cuestión se dedicará el siguiente epígrafe (5).

5.- INVESTIGACIONES INTERNAS EMPRESARIALES Y PRUEBA PROHIBIDA

En la determinación del alcance y límites de la prueba ilícita late con fuerza la clásica pugna entre garantismo y eficacia⁷⁶, que también está muy presente en las investigaciones internas empresariales. Así pues, una apuesta decidida por las garantías conduciría a excluir todos aquellos elementos de convicción obtenidos sin una escrupulosa observancia de los derechos de las personas, señaladamente del investigado, mientras que alcanzar mayores cotas de eficacia en la persecución penal conduciría a dar entrada amplia a todos aquellos elementos de prueba útiles y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, siendo, por lo tanto, los supuestos de exclusión probatoria excepcionales.

El art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial dispone que *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. De la lectura del precepto se deriva una exclusión automática de todas las pruebas derivadas, directa o indirectamente, de una vulneración de derechos de carácter fundamental, sin introducirse matizaciones, criterios de ponderación, excepciones ni distinciones entre aquellas pruebas obtenidas por particulares o por agentes del Estado.

⁷⁵ En este sentido, ALCÁCER (2013) distingue entre los costes penales y procesales de la actividad empresarial de vigilancia.

⁷⁶ De esta tensión era bien consciente el TC desde sus primeras resoluciones sobre el tema, al señalar que “[e]n realidad, el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses debiéndose así optar, por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía (...) de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 4º)

Sin embargo, y a pesar de que la referida norma legal ha permanecido inmutable desde su aprobación hasta nuestros días, el alcance y fundamento de la regla de exclusión probatoria han variado sustancialmente en los últimos años, produciéndose estas modificaciones por vía jurisprudencial. En este sentido, de la mano del Tribunal Constitucional español, ha tenido lugar una progresiva limitación de la regla de exclusión probatoria, que ha pasado de una situación en la que la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales era prácticamente automática (STC 114/1984, 29 de septiembre) a otra en la que se hace necesario desplegar un complejo juicio de ponderación que exige comprobar la afectación, en el caso concreto, de un inespecífico derecho a un juicio justo y equitativo (STC 97/2019, de 16 de julio)⁷⁷.

La progresiva restricción del ámbito de aplicación de la prueba ilícita ha alcanzado su punto álgido con la ya citada STC 97/2019, en el caso, popularmente conocido, como el de la lista Falciani. En el asunto en cuestión, se pone en entredicho la licitud, como prueba de cargo en un proceso por delito contra la Hacienda Pública española, de una serie de datos de contenido económico-financieros que el Sr. Falciani, trabajador de la sucursal suiza del Banco HSBC Private Bank Suisse en Ginebra, habría obtenido con violación de los reglamentos internos de la organización y del derecho a la intimidad de los clientes de la entidad conforme al derecho suizo.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional español avala la licitud de la prueba así obtenida con base en tres argumentos principales: el hecho de que la vulneración del derecho no estuviese instrumentalmente orientada a la producción de pruebas; la baja intensidad de la intromisión en la intimidad del acusado, al referirse los datos aportados al proceso a

⁷⁷ Sobre esta evolución, véanse las reflexiones de ASENSIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, N. 9499, 16 de octubre de 2019; Por su parte, GÓMEZ AMIGO, Luis. “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N. 4, 2021, pp. 201-232, p. 209, califica esta deriva como un cambio de paradigma en el que la exclusión probatoria de las reglas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales ha pasado de ser la regla general a convertirse en una consecuencia casi excepcional.

aspectos periféricos de la llamada “intimidación económica”; y la ausencia de necesidad de usar el proceso penal para prevenir o disuadir prácticas similares vulneradoras de derechos fundamentales en el futuro (STC 97/2019, de 16 de julio, F. J. 6º).

Respecto del primer argumento señalado, el Tribunal Constitucional español destaca que “*estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública*” (STC 97/2019, de 16 de julio, F. J. 6º). Con este razonamiento, el Tribunal exige, para que aplique la regla de exclusión probatoria, que la vulneración del derecho responda a una voluntad clara de preconstituir pruebas para hacerlas valer en un proceso judicial.

El problema radica en que esa voluntad de prefabricar pruebas no siempre va a ser evidente o, incluso, puede no existir en el momento de la obtención de las evidencias en el marco de una investigación interna. Así pues, cuando una empresa decide iniciar actuaciones de investigación, su intención no tiene porqué ser la de colaborar con un proceso penal que, posiblemente, ni siquiera sepa, a ciencia cierta, si se va a iniciar en el futuro. Posiblemente, la empresa que inicia actividades de investigación lo haga con el fin de determinar si efectivamente ha tenido lugar una infracción, cuál es su naturaleza y su alcance dentro de la organización, si continúa produciéndose en el presente, quién está involucrado, quién es responsable, por qué ocurrió, si se trata de un hecho aislado o de un problema sistemático y, eventualmente, también para recoger evidencias, las cuales podrán ser de utilidad en un eventual futuro procedimiento sancionador interno frente a los sujetos investigados o, en su caso, en un posterior proceso judicial. Pero, esta última, no tiene porqué ser la única, ni aún la principal, finalidad del procedimiento de investigación interna.

Por otra parte, al vincularse la aplicación de la regla de exclusión probatoria a las necesidades preventivas o de disuasión que se aprecien en el caso concreto, aunque no se excluye en sentido estricto su aplicación a los particulares⁷⁸, sí se observa que, en la práctica, serán las autoridades públicas,

⁷⁸ Sobre la aplicación de la regla de exclusión probatoria a los particulares, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. “A propósito de la entrega por

o quienes actúan directamente por encargo de aquellas, las principalmente condicionadas por las reglas de exclusión probatoria. Así pues, a pesar de que el TC afirma que “*el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida (...) por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable*” a la valoración de la licitud de las fuentes de prueba y que también los particulares han de ser disuadidos “*de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso*”, los criterios de ponderación empleados – finalidad de prefabricar pruebas y necesidades preventivas- van a llevar a que, en la práctica, la actuación de los particulares quede, salvo en casos muy concretos, fuera del radio de acción de la regla de exclusión.

De hecho, para quienes consideran que el fundamento de la regla de exclusión probatoria es el efecto preventivo, el denominado, en terminología anglosajona, *deterrent effect*⁷⁹, orientado a disuadir a las fuerzas del orden de cometer futuras violaciones en el desempeño de sus funciones de investigación de los delitos, la exclusión probatoria sólo tendría sentido si la conducta que afecta al derecho fundamental del acusado, procede de un agente del Estado, sea un policía, un fiscal o un Juez, ya que es, a tales representantes del poder público, a los que habría que disuadir de violentar los derechos fundamentales en el cumplimiento de sus funciones públicas.

Sin embargo, si la infracción del derecho fundamental se atribuye a un particular, el efecto preventivo o disuasorio de la regla de exclusión,

particulares de elementos de prueba decisivos”. En ROCA MARTÍNEZ, José (Dir.). *Procesos y prueba prohibida*, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 125-142. Véase también CARRILLO DEL TESO, Ana. “La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales”, *La Ley Penal*, N. 159, 2022, 1-24, quien hace hincapié, entre sus argumentos, en la literalidad del art. 11.1 LOPJ, que no distingue entre autoridades públicas y particulares cuando proclama la regla de exclusión probatoria.

⁷⁹ Se muestra crítico con este fundamento de la regla de exclusión probatoria NIEVA FENOLL, Jordi. “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”. *Diario La Ley*. N. 6098, 25 de octubre de 2017, pp. 1-4, argumentando, por una parte, que la regla de exclusión probatoria no es ineficaz para prevenir abusos policiales y, por otra, que este entendimiento conduce a la irrelevancia de las vulneraciones de derechos cuando no existe, en apariencia o en realidad, una malintencionada praxis policial, lo que produce resultados crueles y muy peligrosos.

elevada por el Tribunal Constitucional español a criterio de ponderación para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas, carecería de fundamento, excepto en aquellos casos en que la conducta del particular fuese imputable al Estado o a sus agentes. En este sentido, el Tribunal Supremo español ha llegado a afirmar que las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación, como ocurre, por ejemplo, cuando quien obtiene la prueba es un particular, siempre y cuando, *'no haya actuado, de forma directa o indirecta, como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal'*⁸⁰.

Esta última interpretación es la defendida por POUCHAIN en cuanto a la prohibición de usar como prueba las declaraciones autoincriminatorias de los trabajadores realizadas en el marco de una investigación interna⁸¹. En este sentido, el autor sostiene que la regla de exclusión probatoria debe aplicarse a las investigaciones internas solo cuando la actuación empresarial resulte imputable al Estado, ya por existir un encargo expreso para realizar tal investigación, ya por darse una dejación de las funciones de investigación por parte de los órganos estatales a la espera de aprovecharse de los resultados ilícitos de la investigación privada.

Sin embargo, a mi juicio, una protección como la consagrada por el Tribunal Constitucional español en el caso de la lista Falciani no encaja bien con la realidad de las investigaciones internas, en las que grandes corporaciones tienen la posibilidad fáctica, incentivada legalmente y admitida jurisprudencialmente, de investigar a sus trabajadores a través de actuaciones claramente limitativas de sus derechos fundamentales. En estos casos, la empresa, aunque investigue de forma previa al inicio de una investigación oficial, sin una inducción expresa por parte de las autoridades públicas y sin una intención previa de preconstituir pruebas, debería de ser disuadida de extralimitarse y de vulnerar los derechos de sus agentes, también con el coste procesal que implica el no poder usar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales en su

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal) N. 116/2017, de 23 de febrero. Caso Falciani. F. J. 7º.

⁸¹ POUCHAIN (2022) pp. 94 y ss.

propia defensa⁸², ya como prueba de descargo, ya para beneficiarse de eventuales atenuaciones o exenciones de responsabilidad.

A la vista de la referida doctrina constitucional sobre la prueba prohibida, la primera crítica que procede realizar tiene que ver con la situación de desprotección en que se deja a los derechos fundamentales de los trabajadores sometidos a una investigación interna. De la mano del TC español, se abre la puerta al uso, por la justicia penal, de pruebas obtenidas con vulneración de las garantías más básicas del individuo, lo que no parece coherente con la posición preeminente que los derechos fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 Constitución Española), surgiendo un claro riesgo de deslegitimación de la Administración de Justicia ante la sociedad.

A mayor abundamiento, si se atiende a los incentivos, *supra* analizados⁸³, que las corporaciones tienen para investigar conductas ilícitas y para recabar pruebas relevantes para el esclarecimiento de tales conductas, ocurre que, paradójicamente, se está incentivando a las corporaciones privadas a asumir un nuevo riesgo normativo, consistente en vulnerar los derechos de sus agentes, el cual puede provocar, incluso, que la empresa incurra en responsabilidades penales.

Sería importante, por lo tanto, dejar claro que cualquier beneficio para la empresa derivado de su labor como recolectora de evidencias, ya en forma de atenuante o eximente, ya en forma de obtención de pruebas de descargo, debiera de partir del escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de sus empleados. Y, en este sentido, aunque la regla de exclusión probatoria encuentre su ámbito natural de aplicación en las

⁸² A una conclusión similar llega ESTRADA (2020) p. 263, al afirmar que, “*con base en la identidad estructural de determinadas investigaciones internas con la instrucción penal pública, los efectos de la inobservancia del contenido material de los derechos y garantías reconocidos al investigado en un procedimiento penal público deberían ser exactamente los mismos que los que se atribuyen a la lesión de tales derechos y garantías por parte de las autoridades públicas en el marco de un procedimiento jurídico-penal*”.

⁸³ En el epígrafe (2) se analizaron los incentivos, forma de atenuaciones y exenciones, contemplados en el CP para la entidad que detecta las infracciones, las investiga, recopila pruebas y colabora con la justicia en el esclarecimiento de los hechos.

investigaciones estatales, las fuentes de prueba obtenidas en el marco de las investigaciones internas, a pesar de su carácter extrajudicial y prejudicial, no deberían resultar ajenas a tal regla legal⁸⁴.

6.- CONCLUSIONES

Las investigaciones internas empresariales son, en tanto que elemento integrante de los programas de *compliance*, una manifestación más de la tendencia privatizadora que supone la autorregulación empresarial, justificada en la supuesta incapacidad del Estado para controlar los riesgos de la sociedad empresarial posmoderna sin recurrir a herramientas de colaboración público-privada.

El sistema de responsabilidad previsto en el CP para las personas jurídicas introduce importantes incentivos para la implicación de las

⁸⁴ De hecho, la STC 114/1984, de 29 noviembre, que fue la primera que se ocupó de la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, se enfrentó con un caso de este tipo, relativo a una infracción laboral que motivó un despido basado en unas declaraciones de un trabajador que fueron grabadas por el representante de la entidad; Así mismo, en la STS (Sala de lo Penal) N. 206/1995, de 10 de febrero, se consideró ilícita la prueba obtenida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por un particular que, creyéndose erróneamente el destinatario de la misma, abrió una carta que contenía cocaína. De esta resolución, deduce MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier. “Prueba ilícita”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N. 5, 2013, pp. 223-231, p. 231, que los efectos anulatorios se producen, aunque la violación de derechos fundamentales los haya producido un particular y no la autoridad; En la misma línea, HAIRABEDIÁN, Maximiliano. “La prueba obtenida ilícitamente por particulares”, *Nueva Doctrina Penal*, 2001, núm. 2, pp. 663-676, pp. 668-672, sostiene que los argumentos axiológicos y de prevención y disuasión que fundamentan la prueba prohibida, son extensible a aquellos casos en que las evidencias son obtenidas ilegalmente por particulares; Igualmente MUÑOZ CONDE, Franciso. “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Revista Penal*, N. 14, 2004, pp. 96-123, pp. 110-111, asume que la regla del art. 11.1 LOPJ se aplica siempre que haya habido una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, sin distinguir entre particulares y poderes estatales; También parece partir de su aplicación extrajudicial, ASECIO MELLADO, José María. “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. *Diario La Ley*, N. 8009, 25 de enero de 2013, al referirse a un supuesto de prueba ilícita en el que un tercero hace una captación de correos que envía al Juzgado y a los medios de comunicación, sin necesidad de que tal tercero sea una autoridad pública.

corporaciones en las funciones de investigación de hechos ilícitos y de recopilación de pruebas, lo que sin duda ha contribuido a la extensión de esta práctica empresarial. A este aliciente normativo a investigar⁸⁵, hay que sumar la reciente aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, tantas veces referida, en la que se establece de forma expresa el deber de todas las empresas de un cierto tamaño de contar con sistemas internos de gestión de denuncias. Esta nueva norma, sin duda, provocará, en un futuro próximo, una mayor expansión y protocolización de las investigaciones internas en el tejido empresarial español.

Sin embargo, y a pesar de su creciente implantación como práctica empresarial, las investigaciones intraempresariales siguen siendo procedimientos desregulados, en cuyo desarrollo las empresas cuentan con un amplio margen de autonomía y discrecionalidad, con los innegables riesgos que ello plantea, especialmente para los derechos de los trabajadores investigados.

Ante la falta de una regulación específica, y resultando inaplicables las leyes procesales dado el carácter privado de las investigaciones internas, el marco normativo de referencia se busca en la legislación laboral, que regula las relaciones empresario-trabajador. La consecuencia principal de la instauración de esta práctica empresarial es, por lo tanto, la mutación que se produce en el marco jurídico que regula la obtención de información en la investigación de delitos, con la necesidad que ello conlleva de repensar la aplicabilidad de las garantías, sustantivas y procesales, en el entorno laboral.

La aplicabilidad de los derechos fundamentales sustantivos en el ámbito laboral, señaladamente derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, resulta incuestionable. En este sentido, la empresa, en el desarrollo de las investigaciones internas, deberá de respetar la expectativa razonable de privacidad de sus trabajadores en el uso de los espacios o de los medios de comunicación telemática que el empleador pone a su disposición.

⁸⁵ AYALA (2020) habla de “zanahorias legislativas” para referirse a las promesas de recompensa previstas en el CP para las entidades que desarrollan actuaciones de investigación interna para colaborar con la justicia.

Más controvertida resulta, sin embargo, la extensión de los derechos procesales a las investigaciones internas empresariales. En este sentido, aunque puede ser recomendable garantizar ciertos derechos defensivos al trabajador que es entrevistado o interrogado en el marco de una investigación interna, debiendo informársele del posible destino de sus declaraciones y dándole la posibilidad de recibir asesoramiento legal, un traslado acrítico de las garantías del debido proceso, especialmente del derecho a no declarar, chocaría con las obligaciones de rendición de cuentas que pesan sobre el trabajador. De ahí que el despido del trabajador que se niega a declarar sobre hechos propios de su actividad en la empresa pueda ser considerado procedente.

Por último, en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión probatoria a las investigaciones internas empresariales, debo discrepar con las opiniones, doctrinales y jurisprudenciales, que tratan de limitar el ámbito de la aplicación de la regla de exclusión a actuaciones estatales o actuaciones de particulares imputables al Estado. En mi opinión, el valor axiológico de los derechos fundamentales y la posición preeminente que estos están llamados a ocupar en un Estado de Derecho, aboga por excluir el valor probatorio, y la eficacia atenuante, de las evidencias obtenidas con vulneración de aquellos, independientemente de que la transgresión provenga de una autoridad pública o de una corporación privada facultada para prevenir e investigar delitos. A mi juicio, la postura contraria supondría admitir que el legislador premia con efectos atenuantes, y, por lo tanto, incentiva jurídicamente, la vulneración de los derechos de los trabajadores por parte de las empresas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA MORALES, Marien. *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Pamplona: Aranzadi, 2008.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, N. 8053, 2 de abril de 2013.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Investigaciones internas”. En AYALA GÓMEZ, Ignacio; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

ANZURES GURRIA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N. 22, 2010, pp. 1-51.

ASENCIO MELLADO, José María. “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. *Diario La Ley*, N. 8009, 25 de enero de 2013.

ASENCIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, N. 9499, 16 de octubre de 2019.

AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, pp. 270-303. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.08>

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., et al., *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004, pp. 179-195.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, Circular FGE 1-2016 y jurisprudencia del TS*. Madrid: Civitas, 2016.

CARRILLO DEL TESO, Ana. “La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales”, *La Ley Penal*, N. 159, 2022, 1-24.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. “Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance”. En MADRID BOQUÍN, Christa María; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 609-652.

DISKANT, Edward. B., “Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure”, *The Yale Law Journal*, N. 118, 2008, pp. 126-176.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”, *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, pp. 11-38.

DUGGIN, Sarah Helene. “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *Columbia Business Law Review*, 2003, pp. 859-964.

DURO CARRIÓN, Susana. “El deber de información en el artículo 87 y 89 LOPDGDD. La quiebra de la expectativa de privacidad vinculada al derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales en liza en la relación laboral”, *Revista de Derecho Laboral*, N. 3, 2021, pp. 70-93.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas*. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Criminalidad de empresa y “Compliance”, Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, pp. 197-228.

ESTRADA CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4. 2020, pp. 227-272. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06>

FIRST, Harry. “Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions”, *North Caroline Law Review*, n. 89, pp. 23-98.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría”. En *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Corcoy Vidasolo*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 1151-1165.

GÓMEZ AMIGO, Luis. “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N. 4, 2021, pp. 201-232.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús María; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 15-126.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la Administración de justicia”. En *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, N. 6, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2009, pp. 221-289.

GREEN, Bruce; PODGOR, Ellen S. “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, N. 54, 2013, pp. 73-126.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 32, N. 92, 2011, pp. 42-72.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1, semestre 1999, pp. 193-211.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. “La prueba obtenida ilícitamente por particulares”, *Nueva Doctrina Penal*, 2001, núm. 2, pp. 663-676.

HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen*, insbesondere bei Großrisiken, Nomos, Baden-Baden, 1995.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N. 1, 1998, pp. 59-64.

MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier. “Prueba ilícita”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N. 5, 2013, pp. 223-231.

MONTIEL, Juan Pablo, “Sentido y alcance de las investigaciones internas de la empresa”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 40, n. 1, 2013, pp. 251-277. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>

MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”. En ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 137-144.

MUÑOZ CONDE, Franciso. “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Revista Penal*, N. 14, 2004, pp. 96-123.

NEIRA PENA, Ana María. “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle to prosecution?”. En Brodowski, Dominik; ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joaquim (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Suiza: Springer, 2014, pp. 197-210.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. “Investigaciones internas”. En NIETO MARTÍN (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 231-270.

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

NIEVA FENOLL, Jordi. “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”. *Diario La Ley*, N. 6098, 25 de octubre de 2017.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. “A propósito de la entrega por particulares de elementos de prueba decisivos”. En ROCA MARTÍNEZ, José (Dir.). *Procesos y prueba prohibida*, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 125-142.

POUCHAIN, Pedro. “Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N. 4, pp. 80-111. <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i4.03>

RIBAS, Xavier. *Practicum Compliance*. Pamplona: Aranzadi, 2018.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, *Diario La Ley*, N. 8122, 9 de julio de 2013.

RODRÍGUEZ SALINAS, Sergio. “El rol de la autorregulación en la determinación de la responsabilidad penal del empresario”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, N. Extra 7, 2021, p. 1-22.

SÁEZ LARA, Carmen. “Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N. 138, 2017, pp. 185-221.

TEJADA PLANA, Daniel. *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur: Consideraciones Prácticas Nacionales e Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 2020.

VV.AA. *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*. MATEOS DURÁN, Arnulfo Daniel (Coord.). Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2022.

Authorship information

Ana María Neira Pena. Profesora contratada doctora (PC-DR) de la Universidad de Coruña, Coruña, España. Doctora en Derecho. ana.neira@udc.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/05/2023
- Editorial review: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

NEIRA PENA, Ana María. Editorial para el dossier "Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales": Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 503-544, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.877>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Reporting of the results of internal investigations – main types of cooperation between companies and prosecutorial authorities in the light of the threats to individuals in criminal proceedings

Reportando os resultados das investigações internas: principais modos de cooperação entre empresas e autoridades investigativas em relação a perseguição de cidadãos no processo penal

Szymon Pawelec¹

University of Warsaw, Warsaw, Poland

szymon.pawelec@wpia.uw.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0001-7166-9180>

ABSTRACT: This study examines whether internal investigations conducted as a result of cooperation between the company and prosecutors may conflict with the rights of individuals in criminal proceedings. It demonstrates how the post-Enron era emphasized the importance of internal investigations as a component of corporate criminal compliance systems worldwide, leading to more frequent cooperation between companies and prosecutors in launching internal investigations. The purpose of this publication is to show that they have led to abuse against individuals, who, because internal investigations are private and largely unregulated, do not have the same guarantees as in criminal proceedings. This article aims to critically evaluate the regulations that have been introduced in this area and to demonstrate the need for legislative changes in the countries which allow such cooperation but have not considered the risks that arise from the nature of internal investigations.

KEYWORDS: white-collar crimes; internal investigations; pretrial diversion agreements; self-incrimination.

¹ Associate Professor and Head of the Department of International Criminal Procedure at the University of Warsaw, Poland. PhD with habilitation in Law.

RESUMO: *Este estudo analisa se as investigações internas realizadas como resultado da cooperação entre a empresa e o Ministério Público podem conflitar com os direitos dos indivíduos no processo penal. Demonstra-se como a era pós-Enron enfatizou a importância das investigações internas como um componente dos sistemas corporativos de compliance criminal em todo o mundo, levando a uma cooperação mais frequente entre empresas e promotores na realização de investigações internas. O objetivo deste artigo é demonstrar que isso ocasionou abusos contra indivíduos, que, por serem investigações internas privadas e em grande parte não regulamentadas, não têm as mesmas garantias que em processos criminais. Este artigo visa a avaliar criticamente as regulamentações que foram introduzidas nesta área e demonstrar a necessidade de mudanças legislativas nos países que permitem essa cooperação, mas não consideraram os riscos decorrentes da natureza das investigações internas.*

PALAVRAS-CHAVE: *crimes de colarinho branco; investigações internas; acordos pré-processuais; autoincriminação.*

INTRODUCTION

In February 2002, the board of directors of Enron Corporation - the company that perpetrated one of the largest accounting frauds in history - released the results of its private internal investigation, commonly known as the Powers Report, named after the head of the special investigation committee, William Powers Jr. The committee reviewed more than 430,000 pages of documents and interviewed more than 65 people, including Enron executives, employees, and some outside professional advisors, who subsequently helped the government identify the source and details of the crimes committed². Michael E. Anderson, then supervising FBI special agent who led the Enron Task Force in Houston, summed up the commission's work unambiguously: "That was a gold mine"³.

² The Report of the Special Investigation Committee of the Board of Directors of Enron Corporation issued on 1 February 2002, available at: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1024401/000090951802000089/big.txt>, accessed on 19 March 2023

³ The United States Federal Bureau of Investigation website, available at: <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/enron>, accessed on 19 March 2023

Shortly thereafter, the United States Congress enacted one of the most important pieces of corporate compliance legislation, the Sarbanes-Oxley Act of 2002, which made internal investigations an integral part of public companies' corporate governance systems⁴. Additionally, the United States Department of Justice (DOJ) updated its guidelines for prosecuting corporations in a document called the Thompson Memorandum, which stated that relevant factors in determining whether to charge a corporation may be timely and voluntary disclosure of wrongdoing and willingness to cooperate with the government's investigation. Then, according to the DOJ guidelines, in gauging the extent of the corporation's cooperation, the prosecutor was to consider, inter alia, the corporation's willingness to disclose the complete results of its internal investigation⁵.

It is important to emphasize at the outset that the reach of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 in terms of its impact on corporate law reform extended beyond the borders of the United States. As in other matters related to the doctrine of corporate criminal liability, there has also been a growing trend in the post-Enron era to implement the United States solutions in other legal systems, with the proviso, of course, that they are adapted to the specific systems of the countries that have chosen to do so⁶.

At the time when the term "internal investigation" was beginning to be incorporated into corporate criminal compliance systems and used

⁴ BENNET Robert S., KRIEGER Alan, RAUGH Carl S., WALKER Charles F., *Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*, Chicago: The Business Lawyer, 2006, p. 55-88, available at: <https://www.jstor.org/stable/40688411>, accessed on 19 March 2023; MISSAL Michael., Fishman Ed, OCHS, Brian, DUBILL Rebecca Kline "Conducting Corporate Criminal Investigations, *International Journal of Disclosure and Governance*, 2007, p. 297-308, available at: <https://doi.org/10.1057/palgrave.jdg.2050065>, accessed on 19 March 2023

⁵ KEEFE Brendan J., *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: A Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organizations Note*, Connecticut: Connecticut Law Review, 2009, p. 273-318, available at: https://opencommons.uconn.edu/law_review/48, accessed on 19 March 2023

⁶ DAVIES, Paul L., 'Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community', in HOPT Klaus J. and others, *Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, Oxford Academic, 2012, available at: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199290703.003.0009>, accessed on 19 Mar 2023.

to set standards of integrity around the world, few foresaw that making the company's situation dependent on cooperation with the law enforcement authorities in disclosing the results of its corporate internal investigation could open the door to abuse. Only a few years after the details of the major economic scandals emerged, it was already clear - above all as a result of the well-known *Stein vs. the United States* case - that the actions of the government, through the hands of the company conducting internal investigations, had led to the violation of the fundamental rights of individuals in criminal proceedings⁷.

This would not be so controversial were it not for the fact that corporate internal investigations are private, unregulated, largely unchecked by legislation, and not covered by the rules of criminal procedure that protect individuals from governmental overreach⁸. They are a multimillion-dollar business in which control is largely in the hands of a company that can, in certain cases, carry out the orders of the government⁹. Thus, in a situation where internal investigations are part of a procedure that is not covered by any of the safeguards ensuring respect for the fundamental procedural rights of the person, such as the prohibition on asking the person interviewed questions suggesting an answer or influencing the statements of the person being interviewed by using coercion or unlawful threats, the procedural position of the individuals is fundamentally altered.

This article deals with the question of reporting the findings of an internal investigation to the government in connection with the cooperation between a company and the law enforcement authorities in a way that respects the procedural rights of individuals (possible future defendants) in criminal proceedings. For this purpose, we will describe the main cooperation legal constructions, as well as the directly related problems that concern the privilege against self-incrimination in criminal

⁷ *United States v. Stein (Stein II)*, 440 F. Supp. 2d 315 (S.D.N.Y. 2006)

⁸ GRIFFIN Lisa Kern, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, New York: New York University Law Review, 2007, p.311-382, available at: <https://doi.org/10.2307/20454705>, accessed on 19 March 2023

⁹ GREEN Bruce A., PROGDOR Ellen S., *Unregulated Corporate Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, Boston: Boston College Law Review, 2013, p.73-126, available at: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/579/, accessed on 19 March 2023

proceedings. The analysis is based on model legal solutions initiated in the United States and subsequently modified and gradually implemented in the European countries.

1. SELF-DISCLOSURE

An internal investigation can be initiated for a variety of reasons but is typically triggered by allegations from an employee whistleblower, an unsolicited inquiry from a government investigator, the results of an external audit, or the company's assessment of its compliance program. Regardless of the jurisdiction, the guiding principles for conducting an internal investigation are broadly similar: in most cases, the company receives information, determines the nature of activities involved to develop the appropriate response and the scope of the internal investigation, and ultimately considers the evidence in deciding whether a full government investigation is warranted¹⁰. The potential disclosure of details of internal investigations to the relevant authorities can be voluntary, usually in the hope of receiving lenient treatment for early disclosure and cooperation, or mandatory, where an applicable law or regulation imposes an independent duty to disclose, or the failure to disclose information evidencing criminal conduct within the company is itself an independent crime. Either way, sooner or later every company must make a fundamental decision that boils down to one question - whether to disclose the details of conducted proceedings and detected misconduct.

In general, therefore, the company may benefit from being able to communicate the results of an internal investigation. In many countries, more on which will follow below, disclosing the results of an internal investigation to the government can, in certain circumstances, result in leniency and the prevention of criminal proceedings¹¹. In addition, an

¹⁰ TSAO Leo R., KAHN Daniel S., SOLTES Eugene F., *Corporate Internal Investigations and Prosecutions*, Aspen Publishing, 2022

¹¹ BOUTROS Andrew., *Deferred Prosecution Agreements, Nonprosecution Agreements, and Corporate Integrity Agreements*, FUNK T. Markus, BOUTROS Andrew S. Boutros, *From Baksheesh to Bribery: Understanding the Global Fight Against Corruption and Graft*, New York, Oxford Academic, 2019, available

internal investigation may allow the company to control the information and evidence that reaches the government and is subsequently used in a potential trial¹². It is also worth noting at this point the most recent guidance addressed to the United States prosecuting authorities, dated 22 February 2023, in which the United States Department of Justice (DOJ) announced the implementation of the new United States Attorney's Offices' Voluntary Self-Disclosure Policy for corporate criminal enforcement in all 94 United States Attorneys' Offices (USAOs) across the country: "Companies that voluntarily self-disclose misconduct to the USAO according to this policy will receive resolutions under more favorable terms than if the government had learned of the misconduct through other means"¹³.

On the other hand, self-disclosure can create legal, reputational, and operational risks for the company. Report of this type of data is particularly dangerous because they can create a very detailed "road map" for government regulators, reveal the identity of wrongdoers and lead to providing incriminating evidence¹⁴. Then, even partial concealment of the details of an internal investigation may be considered commission of another type of crime, such as the offense of giving false testimony or withholding evidence¹⁵. The results of an internal investigation then become a means for law enforcement agencies to accurately identify suspects and obtain valuable information that may expose the company itself or even expand the scope of such liability.

at: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190232399.003.0026>, accessed on 19 Mar 2023

¹² STEVENS Charles J., CHAN Winston Y. *Disclosure of Results of Internal Investigations to the Government or Other Third Parties*, available at: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2018/01/Stevens-Chan-Disclosure-of-Results-of-Internal-Investigations-to-the-Government-or-Other-Third-Parties-Internal-Corp-Investigations-Dec-2017.pdf>, accessed on 19 Mar 2023

¹³ <https://www.justice.gov/usao/page/file/1569586/download>

¹⁴ MISSAL Michael., Fishman Ed, OCHS, Brian, DUBILL KLINE Rebecca *Conducting Corporate Criminal Investigations*, International Journal of Disclosure and Governance, 2007, p. 297–308 available at: <https://doi.org/10.1057/palgrave.jdg.2050065>, accessed on 19 March 2023

¹⁵ TSAO Leo R., KAHN Daniel S., SOLTES Eugene F., *Corporate Internal Investigations and Prosecutions*, Aspen Publishing, 2022

However, it is not always possible for a company to keep such a profit and loss account and to make independent decisions. If the misconduct has come to the attention of the government and criminal proceedings have been initiated, it is not always possible to identify potential wrongdoing exclusively internally, conduct and undertake a controlled internal investigation, view the full scope of evidence, and possibly make an independent self-disclosure decision. This refers to those cases where the company becomes aware of the wrongdoing at a time when it is approached by law enforcement after a government investigation has started. It may include a government contact requesting the production of documents or information, the arrest of a company employee, a physical search of the company's offices, or even an indictment¹⁶. It is worth mentioning the content of the famous speech by the head of the Criminal Division of the DOJ, Assistant Attorney General Leslie Caldwell, who confirmed that the DOJ takes the time to scrutinize and evaluate the quality of a company's internal investigation, does this evaluation "through our own investigation" as well as in considering what charges to bring against a company¹⁷.

As this analysis is concerned with the rights of individuals, it is worth noting in passing that the procedural rights of companies in such situations are regulated differently in different jurisdictions. The company often has little or no choice as to whether it wishes to produce such records. In the United States, for example, corporations have no rights under the self-incrimination clause of the Fifth Amendment to the US Constitution¹⁸. The collective entity doctrine recognizes that the Fifth Amendment treats corporations and collective entities differently from individuals because corporations and collective entities do not have a Fifth Amendment privilege against self-incrimination¹⁹. If a corporation receives

¹⁶ Ibid.

¹⁷ The United States Department of Justice website, available at: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-leslie-r-caldwell-delivers-remarks-compliance-week-conference>, accessed on 19 March 2023

¹⁸ *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988)

¹⁹ COLE Lance, *Reexamining the Collective Entity Doctrine in the New Era of Limited Liability Entities - Should Business Entities Have a Fifth Amendment Privilege*, 2005 Colum. Bus. L. Rev. 1

a grand jury subpoena for documents, it must provide the government with the requested documents, even if those documents incriminate the corporation²⁰. On the other hand, in Europe, for example, this remains a controversial issue, as both the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union are increasingly coming around to the argument that corporations should already be afforded procedural rights, i.e., the right to defense and the right not to incriminate oneself.

However, once the company no longer has this degree of freedom to decide whether to disclose the results of internal investigations, it is left with the choice of either cooperating with law enforcement - if it is offered the opportunity at all - or not, which may expose it to many negative consequences. However, if a company wishes to take advantage of an internal investigation and establish cooperation with the public prosecutor then things can get even more complex.

2. PRETRIAL DIVERSION AGREEMENTS

As noted above, a key issue arises when a company faces the prospect of prosecution or conviction in a criminal case and is offered the opportunity to cooperate with the government. The most common form of cooperation, which has become a mainstay of white-collar criminal law enforcement, originating in the United States, is pretrial diversion agreements, namely Deferred Prosecution Agreements (DPAs) and Non-Prosecution Agreements (NPAs)²¹. Some also point out the importance of Corporate Integrity Agreements (CIAs), but they are much narrower in scope - generally, CIAs are only an option in cases of healthcare fraud²².

²⁰ MoloLamken LLP website, available at: <https://www.mololamken.com/knowledge-Can-a-Corporation-Invoke-the-Fifth-Amendment-Right-Against-Self-Incrimination>, accessed on 3 June 2023

²¹ PIETH Mark, IVORY Radha, *Corporate Criminal Liability Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011

²² BOUTROS Andrew., *Deferred Prosecution Agreements, Nonprosecution Agreements, and Corporate Integrity Agreements*, FUNK T. Markus, BOUTROS Andrew S. Boutros, *From Baksheesh to Bribery: Understanding the Global Fight Against Corruption and Graft*, New York, Oxford Academic, 2019, available

To understand the issues that are further discussed in this paper, it is necessary to briefly clarify the nature and specificity of these agreements.

In their simplest form, DPAs and their related NPAs are voluntary alternatives to traditional criminal proceedings in which the defendant avoids a criminal conviction by agreeing with the prosecutor to fulfill certain obligations set forth in a detailed “contract”, the successful fulfillment of which will result in the dismissal of the charges or them not being brought in the first place²³. In the United States, these agreements are negotiated between large corporations and government entities such as the DOJ or the Securities Exchange Commission (SEC).

DPAs are a hybrid of private contracts, consent decrees, and plea agreements which offer companies an intermediate sanction that avoids some of the collateral consequences of indictment and conviction in exchange for full cooperation with the investigation and post-settlement remediation²⁴. In the case of the DPA, the prosecutor will dismiss the charges upon the successful completion of the terms of the agreement or the diversion period²⁵. NPAs are very similar to DPAs - they generally require a company to pay a fine, admit relevant facts, cooperate with the government, etc. However, in the case of an NPA, the prosecutor does not bring charges at all²⁶. Both D/NPAs are carefully negotiated

at: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190232399.003.0026>, accessed on 19 Mar 2023

²³ GRIFFIN Lisa Kern, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, New York: New York University Law Review, 2007, p. 311-382, available at: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1919, accessed on 19 March 2023

²⁴ GRIFFIN Lisa Kern, *Inside-Out Enforcement*, in BARKOW Anthony S., and BARKOW Rachel E., *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York: NYU Press Scholarship Online, 2011, available at: <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814787038.003.0005>, accessed on 19 March 2023

²⁵ AMULIC Andrea. “Humanizing the Corporation While Dehumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States.” *Michigan Law Review*, , 2017, pp. 123–53. *JSTOR*, available at: <http://www.jstor.org/stable/44985612>. accessed 19 Mar. 2023

²⁶ BOUTROS Andrew., *Deferred Prosecution Agreements, Nonprosecution Agreements, and Corporate Integrity Agreements*, FUNK T. Markus, BOUTROS Andrew S. Boutros, *From Baksheesh to Bribery: Understanding the Global Fight*

and heavily legalized documents²⁷. Significant from the perspective of the issues addressed in this article is that the basic agreements usually include elements such as an obligation to cooperate in ongoing and further investigations and prosecutions, often by providing evidence that may incriminate individuals, including officers and employees of the corporation²⁸.

By entering into such an agreement, the company will act as an agent of the prosecution and share the documents collected or, at the request and under the continuing direction of the law enforcement authorities, may conduct a full internal investigation, thereby obtaining an extremely valuable body of information about the scope, nature and participants in a particular incident. However, the possibility of such an investigation often means that the company must decide whether to extend the protection to itself, thereby gaining various benefits in a criminal proceeding, or in most cases its employees or directors. After all, the corporate investigation uncovers evidence of conduct that provides a substantial basis for the government's subsequent prosecution of individuals²⁹.

Regardless of whether the company decides to sign the agreement, the creation of such legal mechanisms undoubtedly encourages abuse against individuals, both by the state and, even worse, by the company³⁰. According to the DOJ, "it is important early in the corporate investigation

Against Corruption and Graft, New York, Oxford Academic, 2019, available at: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190232399.003.0026>, accessed on 19 March 2023

²⁷ DAVIS Frederick T., *Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements. A comparative study*, New York: Columbia Journal of Transnational Law, 2022, p.752-828, available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072985>, accessed on 19 March 2023

²⁸ The United States Department of Justice website, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/moneygram-international-inc-agrees-extend-deferred-prosecution-agreement-forfeits-125-million>, accessed on 19 March 2023

²⁹ PATTERSON Sarah, *Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and Brady v. Maryland*, New York: *Columbia Business Law Review*, 2021, available at: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/8482>, accessed on 19 March 2023

³⁰ ARLEN Jennifer, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, *Journal of Legal Analysis*,

to identify the responsible individuals and determine the nature and extent of their misconduct. Prosecutors should not allow delays in the corporate investigation to undermine the Department's ability to pursue potentially culpable individuals"³¹.

This is particularly dangerous because internal investigations are not usually under the direct control of the judicial authorities, and they are subject to internal rules of procedure or company resolutions. Thus, there is no guarantee that those conducting internal investigations will respect the rights of individuals. They are likely to want to avoid the inconvenience of full corporate criminal liability, and if threats and terminations are the only way to do so and to obtain the identity of the perpetrator, many companies will undoubtedly choose to resort to them.

This also seems likely given the nature of the disadvantages, including financial or reputational, that a company may face from the prospect of prosecution, let alone conviction, for a criminal offense. In the case of public companies, for example, it should be noted that a criminal prosecution itself carries with it the possibility of paralysis of share price, business relationships, and market activity. The stakes of a formal charge (let alone a conviction) are simply too high for most companies to risk³². It is impossible to forget the fate of Arthur Andersen LLP, where the DOJ proposed a DPA for Arthur Andersen LLP in connection with the Enron affair, which was rejected by the firm. As a result, the corporation went bankrupt within months, nearly 30,000 people lost their jobs, and few remember that the firm was ultimately acquitted. It then became clear that the mere fact of prosecution could be a corporate death sentence.

2016, p. 191–234, available at: <https://doi.org/10.1093/jla/law007>, accessed on 19 March 2023

³¹ The United States Department of Justice website, available at: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.1000>, accessed on 19 March 2023

³² ELDRED David, *The Defense Strikes Back: United States v. Stein—A Significant First Step in Recouping the Rights and Privileges of Targeted Employees*, Aspen Publishers, 2007, available at: https://www.dorsey.com/~media/files/news-resources/publications/2007/02/the-defense-strikes-back-united-states-v-steina___files/tbls13newspdf952838defensestrikescorporationfeb1___fileattachment/defensestrikes_corporation_feb15_2007.pdf, accessed on 19 March 2023

It is easy to conclude that some companies will do anything to avoid criminal reprisals³³.

The issue of violations of individual rights as a result of a pretrial diversion agreement was analyzed in the decision of the United States District Court for the Southern District of New York in *United States v. Connolly*, issued on May 2, 2019,³⁴. In that case, the Chief Judge for the Southern District of New York, the Honorable Colleen McMahon, issued a decision that sharply criticized certain long-standing practices by which companies conduct internal corporate investigations under the direction of the government. In doing so, Judge McMahon drew a clear line between conducting an internal investigation and becoming an agent of the federal government. That line turned out to be the Fifth Amendment's protection against self-incrimination.

In the above case, one of the defendants was forced, under threat of dismissal, to submit to questioning by lawyers from the law firm Paul Weiss, who were interviewing employees on behalf of Deutsche Bank, acting on behalf of the Commodity Futures Trading Commission, as part of the concluded DPA. The defendant was briefed before the interview on the basic "Upjohn warnings" in the US system but indicated that he had been coerced into making statements that were subsequently used against him in criminal proceedings.

However, the key to the issue addressed in this paper is that Deutsche Bank did something that the DOJ could not do directly - it began each interview with a question that went something like this: do you want to provide self-incriminating evidence, or do you want to lose your job and your career? Judge McMahon assessed this as the government's practice of "routinely outsourcing its investigations of complex financial matters to the [corporate] targets of those investigations, who are in a uniquely coercive position vis-à-vis potential targets of criminal activity". It was established that the interviews conducted as

³³ DELANEY Rachel, *Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements*, Wisconsin: Marquette Law Review, 2009, available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss2/19>, accessed on 19 March 2023

³⁴ *United States v. Connolly*, No. 16 CR. 0370, 2019 WL 2120523, at *9 (S.D.N.Y. May 2, 2019)

part of the internal investigation, including the accused himself, were government-engineered interviews and violated the Fifth Amendment to the United States Constitution to the extent that no one may be compelled to testify in a criminal case to his detriment. It is also worth noting that the famous *Garrity v. New Jersey* decision was relied upon here. According to the judge, although the case involved the conduct of a government employer, the rule applies equally to private conduct where the private employer's actions in obtaining the statements are reasonably attributable to the government. In *Garrity v. New Jersey*, the Supreme Court held that the defendant's statements to police officers under threat of termination of employment were involuntary and inadmissible³⁵.

In this context, based on *United States v. Connolly*, it is not difficult to imagine a scenario, often encountered in practice, in which the employee in question participated in an interview conducted as part of an internal investigation without knowing that the material collected would be used in criminal proceedings. The interviewers did not inform the employee of his rights and the possibility that information from the internal investigation could be used in criminal proceedings, or the company which does not follow corporate "trends" did not implement such internal safeguards. In addition, the employee was convinced that the information he provided was protected by attorney-client privilege because he had been interviewed by the company's in-house counsel. It is therefore worth noting at this point, if only by way of clarification, that this is a problem that is repeatedly raised in the doctrine of attorney-client privilege³⁶. In a situation where an internal investigation is conducted by lawyers hired by the company for this purpose (in-house or outside counsel), it is at least ethical for them to warn the interviewee (in the United States, this is done by the so-called "Upjohn warnings" mentioned above) that the interrogators represent only the company, which may waive the attorney-client privilege to obtain a DPA, and that the contents of the interview may be used in criminal proceedings against the interviewee. However,

³⁵ *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967)

³⁶ LOTCHIN Theodore R., *No Good Deed Goes Unpunished? Establishing a Self-evaluating Privilege for Corporate Internal Investigations*, Williamsburg: William & Mary Law Review, 2004, available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss3/5>, accessed on 19 March 2023

past practice shows that “attorneys often issue ‘watered down’ warnings to extract full information from employees and zealously represent their corporate employer clients,” and “these warnings do not negate the fact that the company will still seek to obtain information from its employees that may ultimately be damaging to them”³⁷. As a result, individuals with little or no legal training, and unaware of the ramifications and personal consequences, willingly cooperate in providing information to in-house counsel conducting internal investigations, even when the company is already assisting government prosecutors or regulators in their investigations of company employees or expects to do so in exchange for leniency³⁸.

United States v. Connolly illustrates how the delegation of investigative work to corporate investigators can negatively affect the procedural rights of individuals. Therefore, since such legal constructions create the possibility for a company to weigh its interests in such a severe way, it seems necessary from a legislative point of view to regulate precisely the content and scope of compliance procedures for private internal investigations carried out as a result of the competent corporate authority’s knowledge of an irregularity exposing the company or its associated individuals to criminal liability.

3. DE LEGE FERENDA PROPOSALS

The foregoing analysis, supported by the argumentation of Judge McMahon, leads to the following conclusions. First, where a jurisdiction authorizes close cooperation, particularly in the transmission of evidence between the company and the prosecution, the legislation enacted in this regard should ensure that the individual realizes the rights guaranteed to

³⁷ CUMMINGS Lawton P. Cummings, *The Ethical Mine Field: Corporate Internal Investigations and Individual Assertions of the Attorney-Client Privilege*, West Virginia: West Virginia Law Review, 2007, available at: <https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol109/iss3/6>, accessed on 19 March 2023

³⁸ GREEN Bruce A. PROGODOR Ellen S. Progdor, *Unregulated Corporate Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, Boston: Boston College Law Review, available at: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/579, accessed on 19 March 2023

him or her by the law of criminal procedure. If the content of the “interview” made during an internal investigation can be used against the accused in a criminal trial, he or she must be informed of all the consequences of what he or she has said during the internal investigation and must have an opportunity to be assisted by a defense counsel. This also applies both to the right to refuse to answer a question that could incriminate the person questioned, and the prohibition of coercion and threats, as well as the use of information covered by the attorney-client privilege.

Secondly, it seems necessary to create rules that would apply the main principles of criminal procedure to the reality of internal investigations and to establish judicial control over the actions of the public prosecutor. The company and the public prosecution, having established this formalized cooperation, have the same objective, which encourages various types of abuse. Unfortunately, with the prospect of obtaining various types of benefits, the company may use unlawful means to effectively obtain answers to the prosecutor’s indirect questions (after all, without obtaining these answers, the company cannot count on obtaining any benefit from the cooperation and the lawyers conducting the interrogation cannot count on generous contingency fees). Practical examples of this include threatening the interviewee with dismissal, losing the prospect of promotion or salary increase, creating the often-unrealistic prospect of various benefits for the interviewee in the event of confession, or providing false information to induce the interviewee to provide specific and necessary information to satisfy DPA obligations. Aligning corporate and criminal law with the requirements of criminal procedure, such as a mandatory and heavily sanctioned prohibition on the use of coercion or unlawful threats by interrogators, or an obligation to instruct the interrogator, would help avoid this type of abuse. Enforcement of such rules, however, would not be possible without adequate oversight by the courts, whose role would be to monitor and supervise the actions of prosecutors and corporations.

Third, it seems reasonable to adopt and enforce evidentiary prohibitions that will prevent the use against an individual of the information obtained without proper instructions and in violation of the rules of criminal procedure, including the use of threats, coercion, deception, or other such means. This seems justified because, in practice,

even the company initiating an internal investigation is often unaware that the reported irregularity fulfills the elements of a criminal offense and that the results of the investigation in question may in the future be analyzed by law enforcement authorities and form the basis for a conviction or, which would be less problematic in practice, an acquittal in a criminal trial. This would provide any person interviewed with the assurance that if the company does not meet all the requirements of sound criminal law compliance, the evidence provided by the company will not incriminate the potential defendant.

Fourth, it is necessary to discuss the need to limit the personal scope of persons who may conduct internal investigations into irregularities that may involve the commission of a criminal offense by a company. The lack of a legal definition of the entities authorized to carry out such procedures and the absence of a general and compliant instruction may lead to a situation in which persons without a legal background have to carry out an interrogation which is practically an equivalent of an interrogation carried out in the context of criminal proceedings, with all the consequences that this entails. This leads to the conclusion that the persons carrying out internal investigations should include lawyers or persons trained in this field. Moreover, from the point of view of the individuals to be interviewed, it seems best to employ people who have not previously worked with the company in any way. In the case of in-house counsel, they will often know the interviewees, have worked on joint projects, or simply have established relationships of various kinds. For this reason, an internal investigation may be more like a collegial conversation than an interrogation that will later be used as evidence in a criminal proceeding. Also, from a psychological point of view, it is much easier to obtain concrete information which, especially in the case of people who are unaware of the legal consequences, can easily be obtained by the lawyers paid by the company.

4. EXPANSION OF THE UNITED STATES SOLUTIONS AND POSSIBLE WAYS OF SOLVING PROBLEMS

It may seem that the problem described above only affects the United States, but the last few years have shown that it is going to

affect many other countries as well. Interestingly, the pretrial diversion agreements implemented by various jurisdictions have to a large degree addressed the problems that arose in the United States and proposed a kind of remedy for this.

While the United States created and developed the construct of pretrial diversion agreements in the context of corporate criminal liability over 30 years ago, it is only relatively recently that such constructs - apparently in response to the United States initiative - have been adopted and implemented in some other countries, while others are considering possible legislation to adopt them³⁹. In recent years, DPA equivalents have been introduced in many legal systems around the world, including, inter alia, the United Kingdom, France, Canada, Singapore, Ireland, Argentina, and Brazil⁴⁰. In many cases, as, for example, in Poland, the introduction of DPA equivalents is still in the drafting stage, but this undoubtedly indicates a clear international legislative trend that will become even more visible soon⁴¹. Because of the pace of development and change in recent times, as well as their diversity compared to the US system, the author of this paper has chosen to analyze the solutions adopted in the UK (England and Wales), France, and Poland.

As a precaution, it should be stressed at the outset that the solutions that have been adopted or are in the process of being developed often differ significantly from the model adopted in the United States, inter alia as to the form, scope, and benefits offered for cooperation,

³⁹ KAAL, Wulf A., and LACINE Timothy A. *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, *The Business Lawyer*, 2014, available at: <https://www.jstor.org/stable/43665690>, accessed on: 19 Mar. 2023

⁴⁰ DAVIS Frederick T., *Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements. A comparative study*, New York: Columbia Journal of Transnational Law, 2022, p.752-828, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4072985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072985>, accessed on 19 March 2023

The United States Department of Justice website, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/moneygram-international-inc-agrees-extend-deferred-prosecution-agreement-forfeits-125-million>, accessed on 19 March 2023

⁴¹ The Polish Government Legislation Centre, available at: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12363700/12908952/12908953/dokument572980.pdf>, accessed on 19 March 2023

the role to be played by internal investigations, the bodies involved in the conclusion of such an agreement, and the role of the court and the prosecutor during its operation. For the purposes of this paper, only the main solutions of DPA/NPA constructions adopted in individual countries will be discussed here – and only those which are directly related to the topic of this paper – as a comparative analysis of the institutions in question would require a separate discussion.

The first DPA model discussed here is also a solution from another common law. DPAs in England and Wales were adopted under the provisions of Schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013, which came into force in 2014⁴². This was followed by the famous Code of Practice on Deferred Prosecutions Agreements for Prosecutors, which was published jointly by the Serious Fraud Office (SFO) and the Crown Prosecution Service, and which detailed the procedure for the conclusion of pretrial diversion agreements⁴³.

The first significant legal solution is the so-called “evidential and public interest test”. According to the adopted Code of Practice, to enter the DPA, the prosecutor must apply the following two-step test: the evidential test and the public interest test. At the evidential stage, the SFO should demonstrate that the Code for Crown Prosecutors’ full Code test is satisfied, that there is sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction, reasonable suspicion that the company has committed the offense, and that there are reasonable grounds to believe that further investigation would produce further admissible evidence within a period so that all the evidence taken together would be satisfying. Once the evidential test has been met, the prosecutor must proceed to the public interest test to determine whether the prosecution is in the public interest (1.4, 1.5, 1.6, 1.7 of the Code of Practice on Deferred Prosecution Agreements).

⁴² The National Archives for the United Kingdom government website, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted>, accessed on 19 March 2023

⁴³ The Serious Fraud Office website, available at: <https://www.sfo.gov.uk/2020/10/23/serious-fraud-office-releases-guidance-on-deferred-prosecution-agreements/>, <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/deferred-prosecution-agreements/>, accessed on 19 March 2023,

If the public interest test requires a prosecution rather than a DPA, then a full prosecution will follow, subject to there being sufficient evidence to give a realistic prospect of conviction. The solution introduced allows for an assessment of the actions of the prosecution and the companies and prevents the content of the agreement from leading to a conflict with the public interest.

Another noteworthy construction - from the perspective of the issues addressed in this paper - is the public hearing by a judge, who must conclude that the DPA is in the interest of justice. This is a different model of judicial oversight of a concluded agreement than in the United States. Once the terms have been agreed upon, the prosecutor must apply to the court for a declaration that the DPA is in the interests of justice and that the terms are fair, reasonable, and proportionate (only if the court has made a preliminary declaration). Once the court makes the final declaration, the DPA becomes effective. While the DPA is in force, if the Crown Prosecution Service considers that any of its requirements have not been met, it can apply to the Crown Court for a decision on whether the company has failed to comply⁴⁴.

Thus, the England and Wales courts have a much broader scope of supervision and review of agreements entered than is the case in the United States. This appears to be a much more rational and beneficial solution from the perspective of the public interest and the need for companies and law enforcement to respect the rights of individuals (including, most importantly, victims and potential defendants). Speaking on 7 March 2017, Ben Morgan, Joint Head of Bribery and Corruption at the SFO, said, "It is important to note that the entire process is only effective if, after full scrutiny, it is approved by the court. This is a key and distinguishing feature of the United Kingdom DPA system. The judge is asked to give a declaration; first, that disposal of the matter by way of a DPA is in the interests of justice; and secondly that the terms are fair, reasonable, and proportionate"⁴⁵. The introduction of such a model undoubtedly makes

⁴⁴ The National Archives for the United Kingdom government website, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/schedule/17/enacted>

⁴⁵ The Serious Fraud Office website, available at: <https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>, accessed on 19 March 2023,

it possible to control the actions of prosecutors, who, in their efforts to obtain favorable evidence, may violate the autonomy of individuals associated with the company.

The French also proposed an equivalent to the DPA and responded by including the so-called convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), which came into force in June 2017 after much debate, in SAPIN II⁴⁶. This is a response to the United States model, which is designed to give French prosecutors procedural flexibility while being applied to a very different criminal justice system, based on civil law rather than common law⁴⁷. In France, at the end of an investigation, the public prosecutor, under judicial review, decides whether there is sufficient evidence to proceed to trial or whether, subject to additional conditions relating to the stage of the proceedings and the public interest, a CJIP should be offered⁴⁸. Under Article 41-1-2 of the Code of Criminal Procedure, the National Financial Prosecutor may propose a CJIP to a legal person accused of one of the offenses listed in the French criminal code, if no criminal proceedings have been instituted. The regulation imposes one or more of the following obligations on the company: to pay a fine to the Public Treasury in the public interest - the amount of this fine will be determined in proportion to the benefit derived from the infringements found, up to a maximum of 30% of the average annual turnover calculated based on the last three annual turnovers known at the time of the discovery of the infringements. The second is to submit, for a maximum period of three years and under the supervision of the French Anti-Corruption Agency, to a compliance program aimed at ensuring the existence and implementation within the company of the measures and procedures listed in the French Penal Code, to compensate the victim for the damage caused by the offense

⁴⁶ The Agence Française Anticorruption website, available at: <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public>, accessed on 19 March 2023

⁴⁷ DAVIS Frederick T., *Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements. A comparative study*, New York: Columbia Journal of Transnational Law, 2022, p.752-828, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4072985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072985>, accessed on 19 March 2023

⁴⁸ The Légifrance Le service public de la diffusion du droit website, available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037526425/2018-10-25, accessed on 19 March 2023

or to submit to the compliance program of the French anti-corruption agency to implement the institutions of French substantive criminal law as defined by the law. If the accused legal person agrees to the agreement proposed by the public prosecutor, the public prosecutor submits a request for approval of the agreement to the president of the competent district court, who hears the accused and the victim in a public hearing, after which a final decision is taken. Notably, the prosecutor should consider additional considerations and significant factors, including: (1) whether all procedural rules have been followed during the negotiations between the company and the prosecutor; (2) whether it is appropriate to enter a settlement; (3) whether the fine imposed is lawful.

The French National Financial Prosecutor's Office published new CJIP Guidelines on its website on January 16, 2023, updating those published jointly with the French Anti-Corruption Agency (AFA) on June 26, 2019. Interestingly, the guidelines confirm and clarify the incentives referred to as "good faith conditions" of a legal nature. By refraining from imposing any conditions, other than legal ones, for joining the CJIP, the French Public Prosecutor's Office encourages a company wishing to enter negotiations to actively participate in establishing the truth by conducting an internal investigation into the facts, the persons involved and, where applicable, the failures of the compliance system that led to the violations. The model described above illustrates the contours of the DPA in a continental legal system, albeit one that appears to implement solutions adopted in both the United States and the United Kingdom⁴⁹.

It is also worth noting that, as mentioned above, the DPA continues to expand. An example of this is the Polish draft law on the criminal liability of collective entities for criminal offenses of November 2022, which is expected to be finalized by the end of the first quarter of 2023⁵⁰. The bill provides that if a collective entity cooperates with the prosecution

⁴⁹ The Tribunal de Paris de Ministère de la Justice website, available at: <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2023-01/Lignes%20directrices%20sur%20la%20mise%20en%20oeuvre%20de%20la%20convention%20judiciaire%20d%27int%C3%A9r%C3%AAt%20public%20PNF%20version%20sign%C3%A9e.pdf>, accessed on 19 March 2023

⁵⁰ The Polish Government Legislation Centre, available at: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12363700>, accessed on 19 March 2023

authorities, the prosecutor may refrain from taking further procedural steps and request the court to allow the entity to voluntarily accept liability. An important element of the agreement between the public prosecutor and the collective entity is the provision by the latter of evidence useful for further proceedings. In addition, the collective entity must fulfill several conditions, including providing the prosecutor with information on the persons involved in the commission of the offense and the circumstances relevant to its commission, as well as paying an amount equivalent to the damage caused by the offense⁵¹. The Polish drafters of the bill react to the increase in the number of implementations of pretrial diversion agreements in the United States, but do not consider - at least in the draft - the form of the agreement entered or the control of the court.

In summary, many countries around the world are implementing, or just starting to implement, solutions that have been used in the United States for over 30 years. Interestingly, they are very different and have various design elements which, as shown above, improve on what has been done in the US. However, the institutions being put in place are undoubtedly similar, and the risks arising from the existence of legal constructs and the possibility of entering into such agreements are common to all the countries mentioned.

5. WHISTLEBLOWING DIRECTIVE (EU) 2019/1937 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 23 OCTOBER 2019

Incidentally, staying on the European continent, it is impossible not to mention the identical threat of the well-known Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report violations of Union law, which was the first attempt to unify minimum standards ensuring the protection of employees reporting various types of violations⁵². However, as a

⁵¹ The Polish Government Legislation Centre, available at: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12363700/12908952/12908953/dokument572980.pdf>, accessed on 19 March 2023

⁵² Whistleblowing Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report

precaution, it should be noted that in this case, the obligation to report the results of internal investigations does not result from an agreement with the public prosecutor or other competent law enforcement authorities in the jurisdiction, but from an obligation arising from the Directive or the national law transposing it. Finally, the results of an internal investigation, according to the wording of the Directive, are not transmitted to the public prosecutor in the case of an internal report, but firstly to the whistleblower, who, with the knowledge of the results of the internal investigation, may take further and unknown follow-up steps for the company⁵³.

The Directive and other legal obligations to conduct an internal investigation are not the subject of this paper, and an analysis of the risks arising from the legal obligation to report the results of internal investigations would require a separate and more detailed discussion. However, it is important to at least outline the extent of the potential risks arising from them, if only for practical reasons.

The Directive, in setting minimum standards for the protection of whistleblowers by requiring Member States to establish channels and procedures for internal reporting and subsequent follow-up by legal entities in the public and private sectors, did not foresee that an internal investigation initiated as a result of an internal report could lead to numerous legal complications in the event of criminal proceedings.

Companies have become the bodies responsible for verifying the irregularity that is the subject of the report when it is made through an internal reporting channel, for following up properly and adequately on the receipt of the report in question, and thus for carrying out sound internal investigations. It appears that where a particular report falling within the scope of the Directive is made through both internal and external reporting channels, there is a high risk that the procedural rights of the person interviewed during an internal investigation may be violated in the event of potential criminal proceedings. Such a violation may undoubtedly occur when the reported irregularity also constitutes

breaches of Union law, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937>, accessed on 3 June 2023

⁵³ European Parliament Website, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747103/EPRS_BRI\(2023\)747103_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747103/EPRS_BRI(2023)747103_EN.pdf), accessed on 3 June 2023

a criminal offense under national criminal law and the state provides for a corporate criminal liability structure in its legal system. It is therefore clear that in this case too, the company will seek to free itself from the risk of criminal liability and will try to minimize this risk through various types of measures (including looking for “the guilty” individual).

In Article 9(1)(d) of the Directive, which describes the internal reporting and follow-up procedures, the EU legislator has merely indicated that the internal reporting and follow-up procedures referred to in Article 8 shall include the following diligent follow-up by the designated person or department referred to in point (c) of the provision. The EU legislator’s use of the vague term “diligent follow-up” does not impose any requirements on the entity falling within the scope of the Directive regarding the risk - albeit potential - of criminal prosecution for the irregularity that is the subject of the internal investigation.

What happens is that the entity is obliged to start an internal investigation (collect all documents, interview employees, secure evidence) and provide feedback to the whistleblower within a “reasonable timeframe” not exceeding three months from the acknowledgment of receipt of the report or, if no acknowledgment has been sent to the whistleblower, three months from the expiry of seven days after the report (Article 9(1)(f) of the Directive). In the absence of an acknowledgment, if the whistleblower is not satisfied with the acknowledgment, or even irrespective of the content of the acknowledgment (Article 10 of the Directive provides for the possibility of making an immediate report through an external reporting channel), the whistleblower concerned may make an external report to the authority designated for that purpose by the Member State, which is normally already obliged to report the possible offense to the law enforcement authorities. In other words, the whistleblower may, before or after making an internal report, make an external report to an authority designated by the Member State and provide it with the results of the internal investigation received from the company, which may then be passed on to the law enforcement authorities.

A company confronted with the obligation to communicate the results of an internal investigation will then not consider whether the hearings conducted during the internal investigation were conducted in a manner consistent with the principles ensuring the exercise of the

rights of the individual, but whether consequences will be imposed on the company for failing to comply with its obligations under the Directive, including the duty of diligent follow-up. It seems that, as in the case of the DPA, the risks to the company are so high that it will want to seek to demonstrate its lack of fault to avoid criminal liability.

Thus, given that the potential risk of criminal liability is very high, and that the procedure is not precisely regulated, sooner or later the problem addressed in this paper may arise. However, as mentioned above, the company in question is left with no choice but to automatically initiate the procedure described above. It is appropriate to conclude here, as the Directive and other legal obligations are beyond the scope of this paper.

FINAL REMARKS

In the post-Enron era, the practice has repeatedly confirmed that internal investigations are not only of great assistance to the accused company but also a valuable resource for law enforcement agencies, which are usually eager to benefit from the work of a company's internal investigative bodies. From the results of an internal investigation, the prosecutor can learn a lot about the crime committed, the entire criminal process can take much less time, and often the evidence provided is irrefutable because it comes directly from the original source, which is especially important in the case of corporate criminal liability.

However, the above considerations have undeniably shown that there is a conflict between the rights of individuals and the actions of the company which cooperate with the prosecution on internal investigations. In a situation where the only way for the company to avoid various repressive consequences will be to name the "guilty" individuals to the prosecution in exchange for numerous benefits, including even the avoidance of huge financial penalties, there is a high risk that it will try to do so by force. The situation is not improved by the fact that corporate investigations themselves are a secondary issue for legislators and are largely unregulated, both nationally and internationally. As a result, it is not possible to enforce from within the company what is enforced by law enforcement during a prosecution.

In conclusion, while there are many tangible benefits to companies and law enforcement agencies in conducting internal investigations, it is important for legislators to consider whether this is a potential area for abuse against individuals. Pretrial diversion agreements, which are being introduced in an increasing number of jurisdictions each year, have several significant and critical flaws from a criminal procedure perspective that make them contrary to the guiding principles of due process of law. In any form of cooperation, including the DPA/NPA described above, when it is directly aimed at finding the guilty individual, that guilty individual should be protected with the same guarantees as a suspect in a criminal trial. Failure to make changes could be tragic in the future, when companies facing increasingly severe sanctions under corporate criminal liability regimes will be able to do much more just to ensure that the company survives and avoids at least fragmentary liability.

There is no doubt that legal systems around the world should look to the case law of the United States, particularly decisions such as *Connolly* and *Upjohn*, and adapt their laws to the realities of corporate criminal compliance systems by not allowing internal investigators to use threats, termination, and other such measures. It is encouraging that protections are being put in place in many of the implementing jurisdictions, such as England and Wales, although there is no doubt that, given the scale of the problem and the nature of internal investigations, they should be expanded and focused even more on the rights of the individual in criminal proceedings.

REFERENCES

AMULIC Andrea, *Humanizing the Corporation While Dehumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States*, Michigan Law Review, 2017, p. 123–53. available at: <http://www.jstor.org/stable/44985612>

ARLEN Jennifer, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, Journal of Legal Analysis, 2016, p. 191–234, available at: <https://doi.org/10.1093/jla/law007>, accessed on 19 March 2023

BENNET Robert S., KRIEGEL Alan, RAUGH Carl S., WALKER Charles F., *Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*,

Chicago: The Business Lawyer, 2006, p. 55-88, available at: <https://www.jstor.org/stable/40688411>

BOUTROS Andrew., *Deferred Prosecution Agreements, Nonprosecution Agreements, and Corporate Integrity Agreements*, FUNK T. Markus, BOUTROS Andrew S. Boutros, *From Baksheesh to Bribery: Understanding the Global Fight Against Corruption and Graft*, New York, Oxford Academic, 2019, available at: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190232399.003.0026>

COLE Lance, *Reexamining the Collective Entity Doctrine in the New Era of Limited Liability Entities - Should Business Entities Have a Fifth Amendment Privilege*, 2005 Colum. Bus. L. Rev. 1, available at: <https://ssrn.com/abstract=2710379>

CUMMINGS Lawton P., *The Ethical Mine Field: Corporate Internal Investigations and Individual Assertions of the Attorney-Client Privilege*, West Virginia: West Virginia Law Review, 2007, available at: <https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol109/iss3/6>

DAVIES, Paul L., 'Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community', in HOPT Klaus J. and others, *Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, Oxford Academic, 2012, available at: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199290703.003.0009>

DAVIS Frederick T., *Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements. A comparative study*, New York: Columbia Journal of Transnational Law, 2022, p.752-828, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4072985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072985>

DELANEY Rachel, *Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements*, Wisconsin: Marquette Law Review, 2009, available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss2/19>

ELDRED David, *The Defense Strikes Back: United States v. Stein—A Significant First Step in Recouping the Rights and Privileges of Targeted Employees*, Aspen Publishers, 2007, available at: https://www.dorsey.com/~/_/media/files/newsresources/publications/2007/02/the-defense-strikes-back-united-states-v-steina___/files/tbls13newspdf952838defensestrikescorporationfeb1___/fileattachment/defensestrikes_corporation_feb15_2007.pdf

GREEN Bruce A., PROGDOR Ellen S., *Unregulated Corporate Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, Boston: Boston College Law Review, 2013, p.73-126, available at: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/579/

GRIFFIN Lisa Kern, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, New York: New York University Law Review, 2007, p.311-382, available at: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1919

GRIFFIN Lisa Kern, *Inside-Out Enforcement*, in BARKOW Anthony S., and BARKOW Rachel E., *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York: NYU Press Scholarship Online, 2011, available at: <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814787038.003.0005>

KAAL, Wulf A., and LACINE Timothy A. *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*", The Business Lawyer, 2014, available at: <https://www.jstor.org/stable/43665690>

KEEFE Brendan J., *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: A Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organizations Note*, Connecticut: Connecticut Law Review, 2009, p. 273-318, available at: https://opencommons.uconn.edu/law_review/48

LOTCHIN Theodore R., *No Good Deed Goes Unpunished? Establishing a Self-evaluating Privilege for Corporate Internal Investigations*, Williamsburg: William & Mary Law Review, 2004, available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss3/5>

MISSAL Michael., FISHMANN Ed, OCHS, Brian, DUBILL Rebecca Kline *Conducting Corporate Criminal Investigations*, International Journal of Disclosure and Governance, 2007, p. 297–308 available at: <https://doi.org/10.1057/palgrave.jdg.2050065>

PATTERSON Sarah, *Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and Brady v. Maryland*, New York: Columbia Business Law Review, 2021, available at: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/8482>

PIETH Mark, IVORY Radha, *Corporate Criminal Liability Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011

STEVENS Charles J., CHAN Winston Y. *Disclosure of Results of Internal Investigations to the Government or Other Third Parties*, available at: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2018/01/Stevens-Chan-Disclosure-of-Results-of-Internal-Investigations-to-the-Government-or-Other-Third-Parties-Internal-Corp-Investigations-Dec-2017.pdf>

TSAO Leo R., KAHN Daniel S., SOLTES Eugene F., *Corporate Internal Investigations and Prosecutions*, Aspen Publishing, 2022

Authorship information

Szymon Pawelec. Associate Professor and Head of the Department of International Criminal Procedure at the University of Warsaw, Poland. PhD with habilitation in Law. szymon.pawelec@wpia.uw.edu.pl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 20/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 25/03/2023
- Review 1: 25/04/2023
- Review 2: 01/05/2023
- Preliminary editorial decision: 25/05/2023
- Correction round return: 04/06/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PAWELEC, Reporting of the results of internal investigations – main types of cooperation between companies and prosecutorial authorities in the light of the threats to individuals in criminal proceedings. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 545-574, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.829>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Mejores prácticas en los canales de denuncias

Best practices in reporting channels

Oliver Pascual Suaña¹

Universidad de Valladolid, Valladolid, España

oliver.pascual@uva.es

 <https://orcid.org/0009-0000-7763-9417>

RESUMEN: El artículo analiza, desde una perspectiva comparada, lo que se consideran las mejores prácticas en la recepción de denuncias internas, por parte de las corporaciones, y el conjunto de actuaciones que desde ese momento tienen que adoptar las empresas para proteger al denunciante, desarrollar con éxito la investigación y, una vez finalizada, tomar las medidas necesarias para que los fallos del sistema no se repitan en el futuro.

PALABRAS-CLAVE: cumplimiento normativo; denunciante; canales de denuncias; investigaciones internas.

ABSTRACT: *The article analyzes, from a comparative perspective, what are considered the best practices in reporting channels by corporations, and the set of actions that companies have to adopt from that moment on to protect the complainant, develop with successful internal investigation and, once completed, take the necessary measures so that system failures do not recur in the future.*

KEYWORDS: *compliance; whistleblower; reporting channels; internal investigations.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Objetivos del canal de denuncias; 2. La gestión del canal de denuncias: interno o externo; 3. El origen de la investigación interna. 3.1. Formulación de una denuncia. 3.2. Auditorías internas; 4. Investigación interna; 4.1. Derechos del denunciado; 4.2. Duración de la investigación; 4.3. Fases de la investigación; 5. Plan de acción para la reparación de las causas subyacentes; Conclusiones; Bibliografía.

¹ Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid (UVA). Doctor en Derecho cum laude por la UVA. Abogado en el despacho Muro & San Juan.

INTRODUCCIÓN

La importancia de los canales de denuncia y las investigaciones internas en entornos empresariales no arroja dudas² desde un punto de vista estadístico: según el estudio elaborado por la *Association of Certified Fraud Examiners, Global Fraud Study*, analizando 2.400 casos en 114 países, un 40% de todos los delitos de fraude fue puesto de manifiesto mediante la denuncia de un *whistleblower*³. Como muestra de la eficacia de los canales de denuncias como medio para la detección de ilícitos, en la UE se ha promulgado la conocida como Directiva *Whistleblower*⁴, recientemente transpuesta⁵ al ordenamiento español mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁶.

Las investigaciones internas, desde una perspectiva *ad intra*, tienen además la relevancia de que, como señala NIETO MARTÍN⁷,

² Sorprendentemente, la Ley 27.401 de Argentina, dentro de lo que denomina “programas de integridad”, regulados en sus artículos 22 y 23, señala los canales de denuncia como parte de los contenidos opcionales.

³ (<https://www.acfe.com/-/media/files/acfe/pdfs/2016-report-to-the-nations.ashx>).

⁴ Sobre la Directiva, el contexto en que surgió, y los incentivos a los alertadores vid. GARCÍA MORENO, B., *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

⁵ En relación con el estado de la transposición de la norma comunitaria en los distintos países de la UE, vid. EuroWhistle – Interactive Plattform on Implementation of EU Directive on Whistleblower Protection.

⁶ La norma española (en consonancia con la europea, aunque con un ámbito material más ambicioso), tiene el objetivo de proteger a los ciudadanos que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves, o que, en su caso, afecten al Derecho de la UE, y las comuniquen mediante los cauces contemplados en el texto. Los mecanismos que contempla la Ley 2/2023 de España, como la Directiva *Whistleblower*, son los canales internos, gestionados por la propia organización; canal externo, supervisado por la denominada Autoridad Independiente de Protección del informante (o entidades análogas creadas en las diferentes autonomías de España); o revelaciones públicas, definidas como la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones que constituyan la infracción del ámbito material contemplado en la Ley 2/2023 de España.

⁷ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº. 8120,

permiten a la persona jurídica construir su mejor versión de los hechos ocurridos en su seno. Son, por lo tanto, parte del derecho de defensa (*defensa material*) del ente.

Tomando como principal hilo conductor la ya referida Directiva *Whistleblower* (y, con *retazos*, la norma española de transposición), se analizará en este trabajo, con referencia a diferentes textos internacionales, los principales hitos procedimentales que se deben cumplir – desde la recepción de la delación hasta la conclusión de la investigación – para maximizar la efectividad de los canales de denuncias.

1. OBJETIVOS DEL CANAL DE DENUNCIAS.

Aunque los fines del canal de denuncias⁸ podrían subdividirse en multitud de aspectos⁹, en la práctica, todos culminan en los tres que a continuación se señalan:

Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-247, pág. 9. Igualmente, para RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., “Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), “*Compliance*” y *responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 293-389, pág. 312, en las investigaciones internas “*el derecho preeminente es el de defensa frente a una amenaza punitiva*”.

⁸ Sobre los objetivos de los canales de denuncias, y el procedimiento de investigación, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., “Las investigaciones defensivas... ob. cit. págs. 293-389.

⁹ Por referir otra división, señala NIETO MARTÍN, A., “Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas” [Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas - Almacén de Derecho (almacenederecho.org) abril de 2020, última visita 17/03/2023] que las investigaciones internas tienen los siguientes objetivos: “*Investigaciones internas cuya finalidad es la imposición de sanciones disciplinarias, por infracción por ejemplo del código ético. A estas asimilaríamos aquellas cuya finalidad es descubrir el comportamiento del empleado o directivo que perjudicó a la empresa, en cuanto que lo más normal es que esta investigación acabe con su despido disciplinario. Investigaciones internas cuya finalidad es cooperar con la administración de justicia o con una autoridad administrativa, con el fin de beneficiarse de una rebaja en la sanción u obtener un acuerdo judicial (allí donde existan). Investigaciones preventivas destinadas a mejorar el sistema de cumplimiento normativo. Investigaciones que tienen como finalidad preparar la defensa jurídica de la entidad o sus directivos.*”

- (i) Cauce para poner de manifiesto los riesgos e incumplimientos penales detectados.
- (ii) Medio adecuado para apreciar las debilidades y fallas del modelo de prevención penal¹⁰.
- (iii) Instrumento para la generación de un repositorio documental íntegro y ordenado empleable en los procesos penales incoados frente a los sujetos colectivos como acreditación de la eficacia del sistema preventivo¹¹. Esto es, deberá facilitar probar que en anteriores ocasiones, y mediante los propios medios y controles instaurados por la corporación, se ha detectado y reaccionado ante conductas poco éticas o directamente criminales.

2. LA GESTIÓN DEL CANAL DE DENUNCIAS: INTERNO O EXTERNO.

La primera cuestión por esclarecer en la implantación del canal de denuncias es si la gestión le será encomendada a un órgano de la propia persona jurídica o, por el contrario, se externalizará la función.

De hecho, atendiendo a que algunos textos¹² parecen establecer que el destinatario directo de la información sobre los incumplimientos será el organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (el *compliance officer*), cabe preguntarse si es posible la externalización.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado de España habilita e, incluso, recomienda la contratación de profesionales ajenos a la propia estructura del ente. Apunta el Ministerio Fiscal español¹³ que la

¹⁰ Sobre este objetivo incide el primer punto del aptdo. 8.7 de la NORMA UNE 19601. Viene previsto igualmente como requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis del Código Penal español.

¹¹ La NORMA UNE-ISO 37002 asume entre sus objetivos “demostrar la aplicación de prácticas de gobernanza sólidas y éticas a la sociedad, a los mercados, los reguladores, los propietarios y otras partes interesadas”.

¹² Por ejemplo, el requisito 4 del aptdo. 5 del artículo 31 bis del Código Penal español, o el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica, en su artículo 12, letra h.

¹³ Párrafo 5º del aptdo. 5.5.

centralización de las funciones de cumplimiento en el órgano creado al efecto no supone que todas las atribuciones deban ser realizadas por el órgano de *compliance* y, concretamente respecto al canal de denuncias, señala que su diligenciamiento por personas ajenas a la empresa asegura mayor independencia y confidencialidad. Por su parte, la Directiva *Whistleblower* estipula en el artículo 8.5 que los canales de denuncia podrán gestionarse internamente por una persona o departamento designados al efecto o externamente por un tercero¹⁴. En el mismo sentido, la NORMA UNE 19601¹⁵ contempla expresamente la posibilidad de externalizar la gestión (Nota 2 del aptdo. 8.7) si bien establece (punto 4º del aptdo. 8.8) que se debe mantener al órgano de cumplimiento oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación.

En efecto, la independencia, confidencialidad (incluso, anonimato) y – añadido – la objetividad o imparcialidad¹⁶ en la tramitación de las denuncias, son algunos de los argumentos que justifican su atribución a profesionales ajenos a la entidad. En todo caso, el mayor motivo para externalizar es, en opinión del que suscribe, la correcta protección del resultado de las indagaciones internas.

¹⁴ En esta línea se refiere igualmente el artículo 8 de la Ley 2/2023 de España. En todo caso, como señala la NORMA UNE – ISO 37002 (aptdo. 5.3.1) es preciso que la persona designada dentro de la organización con responsabilidad en la gestión del canal de denuncias tenga autoridad sobre los externos.

¹⁵ Sobre la importancia de las normas UNE – ISO en la implantación de los canales de denuncia, señala BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., “Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española”, *Derecho PUCP*. núm. 85, 2020, págs. 41-78, pág. 71, “la norma UNE-ISO 19600, *Sistemas de Gestión de Compliance*, y la norma UNE 19601, *sobre Sistemas de gestión de compliance penal, ofrecen los más altos estándares técnicos para diseñar, implementar y revisar programas de cumplimiento idóneos y efectivos. En consecuencia, las pautas y recomendaciones que ofrecen dichas normas sobre los canales de denuncia son imprescindibles para cualquier organización que pretenda disponer de un canal de denuncias eficaz.*”

¹⁶ La NORMA UNE – ISO 37002 se refiere a la imparcialidad como uno de los principios básicos de los canales de denuncias; el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 13, letra e) destaca la importancia de la imparcialidad en la gestión de las denuncias; igualmente, la Guía canal de denuncias PNUD México (pág. 9), destaca la imparcialidad en la gestión de las denuncias como elemento necesario.

A resultas de la conocida como sentencia *Azko*¹⁷, se ha consolidado como criterio en la UE que el principio de confidencialidad no se extiende a los soportes y a las comunicaciones mantenidas por los abogados internos (*in house*) con personal de la propia empresa, por lo que son susceptibles de ser utilizadas en un proceso judicial si llegan a manos de las autoridades por cualquier medio o, incluso, si directamente se compele su aportación a la corporación en el marco de un proceso¹⁸.

Lógicamente, ese riesgo no late con los profesionales externos, respecto a los que no cabe duda de que sí gozan del privilegio de la confidencialidad que preside la relación cliente – abogado, así como por el deber de secreto a cargo de este último. Sobre la base de lo anterior, afirma NIETO MARTÍN que la contratación de letrados ajenos a la organización para la administración del canal puede facilitar “*que la empresa se asegure el dominio sobre los hechos que averigua en el transcurso de la investigación y pueda salvaguardar la documentación que la investigación ha generado*”¹⁹ lo cual, como apunta el autor, resulta esencial para el correcto desenvolvimiento del derecho de defensa. Esto es más importante, si cabe, atendiendo a que, como se consignará posteriormente, la obligación de contar con un registro de denuncias, preceptuada por la Directiva *Whistleblower*, provoca que las denuncias, y las investigaciones internas realizadas pueden no estar protegidas por el derecho a no inculparse de la entidad.

¹⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión Europea*, Asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

¹⁸ GOENA VIVES, B., “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-19, págs. 1-26, pág. 3, señala que “*el riesgo de que su labor carezca de expectativas de confidencialidad mina las probabilidades de que el abogado in-house favorezca las obligaciones de compliance de la empresa. ¿Qué abogado interno se atrevería a promover una investigación interna si la información recopilada — que puede ser incautada en una entrada y registro en la persona jurídica — no estuviera amparada por el secreto profesional?*”. Por ello, la autora (pág. 19), recomienda que la gestión del canal resida en un abogado externo.

¹⁹ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 239.

En un sentido similar se pronuncia NEIRA PENA²⁰, quién destaca además la formación específica de los abogados como otra ventaja de la externalización.

No obstante, en línea con lo indicado por PRIETO GONZÁLEZ²¹, la salvaguarda del producto de la investigación *bajo el paraguas* del secreto profesional y la confidencialidad abogado – cliente, requiere observar una serie de pautas de comportamiento en la gestión de las denuncias, entre las que destaca la autora la inclusión del abogado en todos los correos electrónicos que se intercambien sobre el transcurso de la indagación interna y, además, evitar que el fruto de las pesquisas caiga en manos de terceros que no se encuentren amparados por el secreto profesional. GOENA VIVES, señala como cautelas para su protección el “*el uso restringido de documentación escrita, el establecimiento de pautas para la redacción de correos electrónicos en los que haya múltiples destinatarios o la previsión de cláusulas de confidencialidad que no sean genéricas*”²².

3. EL ORIGEN DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA.

3.1. FORMULACIÓN DE UNA DENUNCIA.

3.1.1. INFORMACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL CANAL DE DENUNCIAS.

El origen más frecuente de los procedimientos de investigación en los entornos empresariales será la recepción de una denuncia interpuesta por un directivo, subordinado, o por alguien cercano al sujeto colectivo (proveedores y clientes, principalmente).

Al objeto de dotar de validez y eficacia al canal de denuncias, es imprescindible que los miembros de la corporación y terceros sean

²⁰ NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 336.

²¹ PRIETO GONZÁLEZ, H.M., “Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege” en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, págs. 251-265, págs. 262-263.

²² GOENA VIVES, B., “El secreto profesional del abogado... ob. cit. pág. 19.

informados acerca de su existencia²³ y del proceso que se incoará tras la recepción de la *notitia criminis*.

Con la transposición de la Directiva *Whistleblower*, en España la existencia del canal será no sólo un requisito para lograr la exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino, en muchas ocasiones²⁴, una obligación legal, con consecuencias sancionadoras en caso de incumplimiento, por lo que la advertencia sobre la existencia del canal irá destinada también a la acreditación del cumplimiento de una norma de carácter imperativo.

La relevancia de informar sobre la existencia del canal, como requisito para su efectividad, es destacada igualmente por el Decreto N° 11.129, de 11 de julio de 2022 de Brasil (apartado X del artículo 57), la Ley 27.401 de Argentina (artículo 23. III), o la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (aptdo. I, letra D).

3.1.2. ANONIMATO O CONFIDENCIALIDAD.

Parece ya superado el debate de *si cabe* que las denuncias se formulen anónimamente [asumen esa posibilidad, entre otras, la Directiva *Whistleblower* (artículo 6.2); la Ley 2/2023 de España (artículo 7.3); el Reglamento N° 30424 de Perú (artículo 39.2.c); el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (el artículo 13.a); el capítulo 8 de la FCPA, o la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (aptdo. I.D)]. No obstante, la entidad debe decidir si acepta este tipo de denuncias.

La Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 35/2020 de 6 de febrero²⁵ ha destacado la relevancia en la prevención de ilícitos del canal de denuncias, y la necesaria tolerancia hacia su articulación de forma anónima²⁶. En todo caso, como pone de relieve el Alto Tribunal español, la

²³ Así lo requería el inciso final del aptdo. 1 del artículo 24 Ley Orgánica de Protección de Datos, antes de ser modificado por la Ley 2/2023 de España. Ahora esa previsión se contempla en el artículo 25 de la Ley 2/2023 de España.

²⁴ Para las empresas con cincuenta o más trabajadores.

²⁵ F.D. 2º.

²⁶ Constan no obstante resoluciones del Tribunal Supremo Español, como la Sentencia núm. 181/2014 de 11 de marzo de 2014 que advierten (F.D.3º) que las denuncias anónimas deben aceptarse como fuente de investigación,

principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa no denuncian es, fundamentalmente, porque no se sienten suficientemente protegidas contra posibles represalias.

Aunque la permisividad ante denuncias anónimas puede ser el caldo de cultivo perfecto para un empleo espurio del canal²⁷, no puede obviarse que las posibilidades de recabar información relevante sobre el funcionamiento del sistema de *compliance* aumentan exponencialmente si se elimina o minorra la contingencia de que el denunciante sufra represalias. Por lo tanto, exigir la identificación del denunciante, aunque luego se le “asegure”²⁸ confidencialidad, supone *auto-mutilar* la utilidad del canal de denuncias y, con ello, aumentar la posibilidad de que se cometan delitos bajo la cobertura de la entidad.

Lo antedicho no es incompatible con que la empresa debe tener la capacidad de fomentar el empleo del canal mediante denuncias confidenciales, asegurando que el denunciante no sufra represalias.

pero con matices, esto es, no de forma generalizada: “*la llamada anónima solo permite el inicio de la investigación policial, y eso es lo que ocurrió aquí, en base al resultado de la encuesta policial, de los seguimientos y demás datos obtenidos es cuando se pide la intervención telefónica y esta se concedió, pero no por la llamada anónima, sino por los resultados de la investigación policial desencadenada por ésta. SSTS 1945/2005; 551/2006; 1354/2009 ó 318/2013. Todas ellas refieren que la mera y sola denuncia anónima no puede justificar un sacrificio de derechos fundamentales, sólo la investigación policial encaminada a verificar en términos razonables la verosimilitud de lo denunciado anónimamente, puede justificar la intervención. La razón de que no sirva la sola y mera denuncia anónima, la encontramos en el viejo brocardo “Quien oculta el rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que se acusa”*”.

²⁷ MASCHMANN, F., “Compliance y derechos del trabajador” en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 147-167, pág. 163. El riesgo de empleo torticero de los canales de denuncias se ve agravado en los sistemas (como el de Estados Unidos) en que los denunciantes tienen incentivos económicos por denunciar, tal y como pone de manifiesto GIMENO BEVÍA, J., “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistle-blower vs bounty hunter)”, *Diario La Ley*, N° 9139, Sección Tribuna, 14 de febrero de 2018, pág. 2.

²⁸ La NORMA UNE-ISO 37002, en el aptdo. referido a la confidencialidad (7.5.5) asume que, pese a que se establezca la confidencialidad, puede haber una serie de características en la denuncia o en la investigación posterior que permitan inadvertidamente la identificación del denunciante.

Ello redundaría en beneficio de la prosperabilidad de la investigación, ya que la información a obtener de un denunciante identificado, al que además se podrá interrogar durante la investigación y pedir aclaraciones o ampliaciones de su denuncia, es mayor que la extraíble de una denuncia anónima.

En todo caso, las *brechas* en la gestión del canal que pongan en riesgo la salvaguarda de la identidad del denunciante que ha pedido confidencialidad, no son el único peligro que sobrevuela en la pretendida confidencialidad. Como indican BACHMAIER WINTER y MARTÍNEZ SANTOS²⁹, concurre la ventura de que, si tras la denuncia interna se pone el asunto en conocimiento de las autoridades, incoándose el correspondiente proceso penal, los investigadores públicos pidan se identifique al denunciante para que preste declaración como testigo. En esta casuística, la persona jurídica se vería compelida a identificarle. La Directiva *Whistleblower* asume³⁰ (artículo 16.2) que puede ser preciso que la entidad receptora de la denuncia identifique al delator cuando ello sea necesario para salvaguardar el derecho de defensa de los denunciados. Por transparencia, sería recomendable que, cuando se informe de la existencia del canal de denuncias, y los medios para la formulación de delaciones, se advierta de esta posibilidad que, desde luego, haría decaer la confidencialidad.

3.1.3. PRIORIDAD DEL CANAL DE DENUNCIAS INTERNO.

Sentada la obligación de denunciar – así lo deberá recoger en el programa de cumplimiento normativo implantado – surge la cuestión de si resulta exigible que el denunciante emplee los cauces internos de la corporación, o puede directamente acudir a las autoridades.

²⁹ BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 503-549, págs. 533-534.

³⁰ Correlativo artículo 33 de la Ley 2/2023 de España.

La Directiva *Whistleblower* establece en el considerando 33 que la tendencia de los denunciantes es el uso de canales internos, sin perjuicio de lo cual se debe permitir que utilicen el medio que consideren más adecuado. En consonancia, aunque sin llegar a obligar al empleo de los canales propios de la entidad, el artículo 7.1 de la Directiva les otorga preferencia³¹.

3.1.4. MEDIOS PARA LA FORMULACIÓN DE DENUNCIAS. NECESARIO ACUSE DE RECIBO.

El modelo de prevención penal debe establecer el medio habitual para la formulación de denuncias – normalmente será el correo electrónico – aunque dejando abierta la posibilidad de hacerla llegar a la empresa de la forma que el denunciante considere. La Directiva *Whistleblower* apunta al respecto (artículo 9.2) que la denuncia se podrá formular “*por escrito o verbalmente, o de ambos modos. La denuncia verbal será posible por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable*”. El Reglamento N° 30424 de Perú (artículo 39.2.c) señala que los canales que pueden consistir en líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere idóneos.

Cuando el *whistleblower* no haya empleado un medio anónimo, se le deberá acusar recibo³² como respuesta a la denuncia, exigencia contemplada por la Directiva *Whistleblower*³³ tanto para las denuncias internas (artículo 9.1.b) como para las externas (artículo 11.2.b) estableciéndose, en ambos supuestos, el plazo de siete días³⁴ desde la recepción.

³¹ En la misma línea, artículo 4.1 de la Ley 2/2023 de España.

³² En este sentido se pronuncia PUYOL MONTERO, F.J., *El funcionamiento práctico del canal del compliance “whistleblowing”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 151. En cuanto al contenido del acuse, dice el autor que “*A los efectos de la mayor transparencia y seguridad jurídica, sería conveniente que el reporte que a tal efecto se librara fuera comprensivo del escrito de denuncia en su integridad, de modo y manera que el denunciante tuviera suficiente constancia del alcance y contenido de la comunicación realizada*”.

³³ Lo mismo se exige por la Ley 2/2023 de España, en sus artículos 9 y 17.

³⁴ La NORMA UNE-ISO 37002 establece el plazo de tres días.

3.1.5. OBLIGACIONES SURGIDAS A CARGO DE LA EMPRESA POR LA RECEPCIÓN DE LA DENUNCIA.

- a) Necesario inicio de una investigación interna, o justificación suficiente en caso contrario.

La primera consecuencia ineludible de la recepción de una denuncia es la iniciación del procedimiento de investigación previsto en las normas internas de la persona jurídica. Ello no quiere decir que todas las denuncias recibidas tengan que provocar una profusa indagación pues, con carácter previo, se tendrá que efectuar un examen sobre la verosimilitud de los hechos³⁵. Como pautas de admisión, puede seguirse lo preceptuado por el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, es decir, se inadmitirán a trámite las denuncias que resulten manifiestamente falsas o aquellas que, aun de ser ciertas, no constituirían un incumplimiento. En ambos supuestos, será necesario que se motiven exhaustivamente las causas de la inadmisión para así poder justificar *ex post* por qué no se inició la investigación.

La especial justificación si se rechaza y, además, cierta tendencia a que ante la mínima duda se inicie la averiguación interna, derivan de que como establece la NORMA UNE 19601, es imperativo³⁶ que se investiguen todas las comunicaciones recibidas a lo que se une que, si llega a oídos del juzgado que la empresa no investigó denuncias por hechos similares a los que son objeto del proceso, el programa de cumplimiento normativo penal será automáticamente calificado como ineficaz.

- b) Protección al denunciante.

La segunda obligación que surge de forma inmediata con la denuncia es la de proteger al denunciante, particularmente cuando la delación se haya realizado de forma confidencial. Se trata de una exigencia señalada como imprescindible por las principales normas y recomendaciones: punto 4 del aptdo. 8.7 de la NORMA UNE 19601;

³⁵ La NORMA UNE-ISO 37002 define en su aptdo. 3.2 el concepto “*evaluación de las denuncias iniciales (triaje)*”, que identifica con la “*evaluación inicial de las denuncias de irregularidades para los propósitos de categorización, adopción de medidas preliminares, priorización y asignación para su manejo*”.

³⁶ Primer punto del aptdo. 8.8.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 33); Reglas para Combatir la Corrupción de la Comisión de Responsabilidad Corporativa de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 8); o el Decreto N° 11.129, de 11 de julio de 2022 de Brasil (artículo 42, apartado X), entre otras.

La Directiva *Whistleblower* establece cuatro grandes grupos de medidas de protección:

- En el artículo 19³⁷, denominado “prohibición de represalias”, se recoge un largo catálogo de actos proscritos, siendo los más destacados la suspensión o despido; degradaciones profesionales; actos discriminatorios o desfavorables; y daños reputacionales.
- El artículo 20³⁸ compila lo que llama “medidas de apoyo”, concretadas en el asesoramiento a los denunciantes; asistencia efectiva de las autoridades; asistencia jurídica gratuita de conformidad con la Directiva (UE) 2016/1919 y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; asistencia financiera; y asistencia psicológica.
- El artículo 21³⁹ detalla las “medidas de protección frente a represalias”, que suponen que el denunciante no incurrirá en vulneración de secretos con la formulación de la denuncia o las revelaciones públicas; no tendrá responsabilidad respecto el acceso a la información, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito; dispondrá de la presunción en los procedimientos seguidos por el denunciante contra su empresa de que las medidas negativas sufridas son una represalia por la denuncia; tendrá acceso a medidas correctoras frente a represalias; en los procesos judiciales relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección

³⁷ Artículo 36 de la Ley 2/2023 de España.

³⁸ Artículo 37 de la Ley 2/2023 de España.

³⁹ Artículo 38 de la Ley 2/2023 de España.

de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral, los denunciantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva; y se les conferirá a los delatores vías para reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las represalias.

- El artículo 22⁴⁰ recoge lo que califica de “medidas para la protección de las personas afectadas”, con un conjunto de derechos de carácter procesal, como la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder al expediente.

c) Obligaciones del denunciante.

La posición del alertador no está exenta de obligaciones y, por qué no decirlo, de peligros intrínsecos a esa condición.

La interposición de una denuncia, por muchas medidas de protección que se tomen, genera la posibilidad de represalias, aspecto que inevitablemente afectará al ánimo del denunciante antes de realizar la comunicación.

Además, el delator está obligado a formular denuncias de buena fe⁴¹, por lo que es relevante consignar en el modelo de prevención penal

⁴⁰ Artículo 39 de la Ley 2/2023 de España.

⁴¹ Destaca este aspecto PUYOL MONTERO, F.J., “El funcionamiento práctico del canal... ob. cit. págs. 166-167, poniendo como ejemplo el Reglamento del Canal de Denuncia de la CRUZ ROJA, según el cual tendrán la consideración de denuncias de buena fe (artículo 4): “a) se considera que el denunciante actúa de buena fe cuando su denuncia se realice conforme a lo dispuesto en este Reglamento, y esté basada en hechos o indicios de los que razonable mente pueda desprenderse la realización de un comportamiento irregular, ilícito o delictivo. b) se considera que la denuncia es de buena fe cuando, además, la misma se realiza sin ánimo de venganza, de acosar moralmente, de causar un perjuicio laboral o profesional, o de lesionar el honor de la persona denunciada o de un tercero. c) se considera que el denunciante no actúa de buena fe cuando el autor de la denuncia consciente de la falsedad de los hechos, o actúa con manifiesto desprecio de la verdad, o con intención de venganza, o de perjudicar a la empresa, o de acosar la

que queda prohibido emplear el canal con conocimiento de la falsedad de los hechos imputados o temerario desprecio hacia la verdad. De hecho, según se desprende del considerando 32 de la Directiva *Whistleblower*, la protección que brinda el texto comunitario se extiende a los denunciantes que tengan “*motivos razonables*⁴² *para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos.*”. La norma establece incluso consecuencias sancionadoras (artículo 23.2), para los alertadores que revelen información falsa a sabiendas. En esta línea, el Decreto N° 11.129, de 11 de julio de 2022 de Brasil (apartado X del artículo 57), refiere que la protección de los denunciantes se extiende a los que lo sean de buena fe. Por su parte, el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 10, letra d) exige, entre las herramientas que deben componer la política de prevención, el compromiso de que el contenido de la denuncia se reporta con la creencia de probabilidades de certeza, incluyendo las consecuencias de incumplir dicho compromiso. El Reglamento N° 30424 de Perú (artículo 39.2.c) alude igualmente a que la protección se extiende a los denunciantes de buena fe.

Cabe recordar que, desde la perspectiva del denunciante, la formulación de la denuncia, fuera de los cauces internos de la corporación, puede suponer la infracción de un deber de secreto o confidencialidad que tenga asumido legal o contractualmente. En ese supuesto, podría incluso contraer responsabilidades penales por la denuncia, si bien podríamos encontrarnos una situación de estado de necesidad⁴³ (artículo 20.5 del Código Penal español) que justificaría su denuncia o incluso una actuación en cumplimiento de un deber⁴⁴ (artículo 20.7 del Código Penal español). En este sentido, la Directiva *Whistleblower* (considerando 91) descarta que el

persona denunciada, o de lesionar su honor, o de perjudicarle laboral, profesional o personalmente”.

⁴² La NORMA UNE-ISO 37002 refiere el concepto “creencia razonable”, que define (aptdo. 3.9) como “*creencia sostenida por un individuo basada en la observación, experiencia o información conocida por ese individuo, que también sería sostenida por otra persona en las mismas circunstancias.*”

⁴³ RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, *Indret* 3/2006, pág. 13.

⁴⁴ BACHMAIER WINTER, L., y MARTÍNEZ SANTOS, A. “El régimen jurídico-co-procesal... ob. cit. pág. 531, nota 61.

denunciante pueda sufrir represalias, en forma de acciones civiles, penales, administrativas o laborales cuando infrinja un deber de confidencialidad o secreto. De hecho, el considerando 93, en relación con el artículo 21.7 de la Directiva, preceptúa que cuando el delator cometa un delito para la formulación de la denuncia, o en el acopio de documentos necesarios para su sustento (véase, acceso a correos electrónicos de compañeros) no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas, incluso cuando la denuncia incluya secretos comerciales.

d) Registro de denuncias.

Cada corporación debe tener instaurado un registro detallado de las denuncias recibidas, y de la consiguiente reacción corporativa ante las mismas, que permita acreditar la eficacia del canal implantado.

Se trata de un requisito imperativo de la Directiva⁴⁵ (artículo 8), siendo el fin de ese repositorio (considerando 86) que *“puedan ser consultadas y que la información facilitada en ellas pueda utilizarse como prueba si se procede a medidas de ejecución”*. En un sentido similar, la NORMA UNE 19601 incluye el canal de denuncias entre los elementos del sistema de gestión de *compliance* que debe constar como información documentada⁴⁶.

La importancia del repositorio de denuncias, en palabras de NIETO MARTÍN, reside en que *“será uno de los indicadores que habrá de examinarse en el proceso penal como prueba de la eficacia de la actividad preventiva de la empresa”*⁴⁷. Las *United States Federal Sentencing Guidelines* (Sección 8A1.2) señalan entre los factores para la determinación de la culpabilidad del ente la historia anterior de la organización en cuanto a infracciones similares. Igualmente, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, elaborada por la fiscalía de Chile en diciembre de 2014, enumera dentro de las medidas reactivas de la empresa a considerar para la determinación de la eficacia del programa de cumplimiento implantado (aptdo. 6.3.6) los

⁴⁵ En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 2/2023 de España establece que los sujetos obligados deben contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar.

⁴⁶ ANEXO C, letras l) y ñ).

⁴⁷ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 237.

registros de las investigaciones que se hayan llevado a cabo en el pasado, y sus resultados.

Dada la especial sensibilidad de la información compilada, además de los necesarios principios de confidencialidad y secreto⁴⁸, deben atenderse las exigencias de la normativa de protección de datos. De este modo, solo podrán acceder a las denuncias recibidas las personas que desarrollen funciones de control interno y de cumplimiento; los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto o; excepcionalmente, y cuando sea necesario para la ejecución de las medidas disciplinarias, se podrán comunicar a terceros o a la autoridad judicial⁴⁹.

La regulación del canal de denuncias debe tener preestablecido el tratamiento de los datos recabados, en particular, cuanto tiempo pueden ser conservados. Transcurridos tres meses⁵⁰, solo podrán ser conservados a los efectos de acreditar el correcto funcionamiento del modelo de prevención penal (artículo 32.4 Ley 2/2023 de España); sin embargo, las denuncias a las que no se haya dado curso tienen que mantenerse de forma anonimizada.

En el mismo sentido, los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores de Perú (aptdo. 5.3), destacan la importancia de mantener un registro de las investigaciones internas realizadas y de las medidas disciplinarias y/o correctivas adoptadas a la luz de los hallazgos detectados.

⁴⁸ PUYOL MONTERO, F.J., “El funcionamiento práctico del canal... ob. cit. pág. 150.

⁴⁹ Artículo 32 de la Ley 2/2023 de España.

⁵⁰ Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos, tras la consulta planteada por ASCOM, aclaró en fecha 22 de diciembre de 2021 que ese plazo de tres meses no implica que en el caso de que la denuncia pueda considerarse fundada y dé lugar a una concreta investigación, los datos deban suprimirse de los sistemas de la entidad en el plazo que indicaba el artículo 24 LOPD, sino que únicamente procederá su supresión del concreto sistema de la información de denuncias internas, pasando a integrarse en los sistemas propios del órgano de cumplimiento o, en su caso, del que se tenga a su cargo la gestión de recursos humanos [CONTESTACION-DE-LA-AEPD-22-11-21.pdf (asociacioncompliance.com) última visita 17/03/2023].

No obstante, no se puede dejar pasar la oportunidad de poner de manifiesto, como en anteriores ocasiones⁵¹, que la obligación de contar con un registro de denuncias internas y, más particularmente, su accesibilidad a los tribunales puede afectar gravemente el derecho a no inculparse de las personas jurídicas. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*⁵²), el derecho a la no colaboración activa no se extiende a la utilización en los procesos penales de material que pueda obtenerse del acusado mediante el uso de poderes obligatorios, pero que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso, como, entre otros, documentos adquiridos en virtud de una orden judicial.

De este modo, el investigado estaría obligado a entregar aquellos documentos que vengan exigidos por un mandato legal, lo que afecta, por ejemplo, a la contabilidad o, en relación concreta al tema aquí tratado, provocará la obligación de facilitar la información compilada en el registro de comunicaciones. Partiendo de lo antedicho, y desde el punto de vista de la eficacia del modelo de prevención penal de las personas jurídicas, tanto el contenido de las denuncias recibidas, como el producto de las investigaciones internas resulta esencial para la acreditación de la eficacia del *compliance program*. De esta forma, si se atestigua que el canal de denuncias ha posibilitado la reacción corporativa frente a incumplimientos detectados, en el concreto delito investigado o en situaciones anteriores, la entidad dispondrá de un indicio palpable de la cultura de cumplimiento⁵³ instaurada en su seno. Por el contrario, si con ocasión de un proceso penal

⁵¹ PASCUAL SUAÑA, O., “Implicaciones en el derecho a no inculparse de las personas jurídicas del proyecto de ley Whistleblower”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º. 6, 2022, págs. 71-111.

⁵² ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.

⁵³ Como señala RODRÍGUEZ GARCIA N., “El sistema penal español en tiempos de compliance: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?”, *La Ley Penal*, N.º 160, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero-Febrero, 2023, pág. 5, la cultura organizacional (cultura de cumplimiento) “es el ecosistema dentro del cual se traza un parámetro estandarizado de acciones que se encuentran previamente estipuladas y difundidas entre todos los miembros de la organización, que no se circunscriben exclusivamente a conductas delictivas y orientan el comportamiento colectivo e individual en la actividad —estructura, gestión y operación— de la empresa en todas sus dimensiones y ámbitos.”

se pone de manifiesto que la corporación no ha respondido ante denuncias por ilícitos de naturaleza similar a los que son objeto del procedimiento, en la práctica, se imposibilitará la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica. En resumen, la accesibilidad a las autoridades del registro de comunicaciones de la entidad puede terminar siendo la mejor evidencia para acreditar la vulnerabilidad del modelo de prevención penal instaurado, de ahí el grave peligro que puede generar, desde la perspectiva de la defensa corporativa, la obligación derivada de la Directiva *Whistleblower*.

3.2. AUDITORÍAS INTERNAS.

El segundo medio habitual que provocará la iniciación de los procedimientos internos de investigación será la detección de incumplimientos por la propia persona jurídica, en el marco de los procesos de verificación periódica que tenga preestablecidos. Siguiendo la NORMA UNE 19601⁵⁴, las auditorias tendrán como objetivo detectar (i) la materialización de riesgos penales; (ii) incumplimientos de la política de *compliance*; (iii) fallos en el cumplimiento que puedan desembocar en riesgos penales y; (iv) las posibilidades de mejora del sistema instaurado.

Por lo tanto, si en el marco de una auditoria se descubre un incumplimiento deberá incoarse la correspondiente indagación⁵⁵.

4. INVESTIGACIÓN INTERNA.

4.1. DERECHOS DEL DENUNCIADO.

El aseguramiento de los derechos del denunciado⁵⁶ es un objetivo en sí mismo de la investigación. Así lo establecen, por ejemplo, la Ley

⁵⁴ Apto. 9.2.

⁵⁵ La NORMA UNE-ISO 37002 define la investigación como “*proceso sistemático, independiente y documentado para establecer los hechos y evaluarlos objetivamente para determinar si hubo irregularidades, están ocurriendo o es probable que ocurran y su alcance.*”

⁵⁶ Como señalan VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., “Los derechos de la organización y de los investigados en las investigaciones internas. Cuestiones para el debate”, *La Ley compliance penal*, N° 8, Sección

27.401 de Argentina (artículo 23. V), la NORMA UNE-ISO 37002 (aptdo. 7.3.3 m), o los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores de Perú (aptdo. 5.3).

Cualquier vulneración de carácter grave podría invalidar el resultado averiguado, y con ello, provocar la ineficacia misma del canal. Para NIETO MARTÍN⁵⁷, y se suscribe su opinión, la doctrina de la prueba prohibida se debe extender a las investigaciones internas, al suponer estas, según el autor, la “*privatización del proceso penal*”, de tal forma que la transgresión de los derechos fundamentales de los investigados deberá causar la calificación de la prueba como contraria al ordenamiento, y con ello carente de virtualidad procesal. Aunque por *limitaciones espacio – temporales* no tiene sitio en este trabajo el análisis de los posibles derechos más afectados, sí que se debe dejar apuntado que la investigación interna debe, en todo caso, respetar el derecho al secreto de las comunicaciones del denunciado (artículo 18.3 de la Constitución Española); el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución Española); y el derecho al entorno digital (artículo 18.4 de la Constitución Española)⁵⁸. Es imperativo observar igualmente los denominados derechos fundamentales procesales: presunción de inocencia, y derecho de defensa⁵⁹. En relación con el derecho

Estudios, Primer trimestre de 2022, pág. 3 “*Lo contrario sería tanto como permitir que las investigaciones internas se conviertan en una «puerta falsa», que permita validar en un proceso penal pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.*”

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 270.

⁵⁸ En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 231-270, pág. 242, indicando: “*Las investigaciones internas constituyen una espada de doble filo. La empresa las realiza para atenuar o evitar la responsabilidad penal, pero atentar indebidamente al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de las personas investigadas, puede constituir un delito contra la intimidad.*” Con idéntico tenor, BACIGALUPO, E., “Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa”, *Diario La Ley*, nº 8031, Sección Doctrina, 26 de febrero de 2013, Año XXXIV, Ref. D-79, pág. 2. Una muestra plausible sería la STS núm. 328/2021 de 22 de abril, que confirmaba la condena de un empresario, por un delito de revelación de secretos, al haber accedido en reiteradas ocasiones al correo electrónico particular de un trabajador con el objetivo de recopilar elementos de prueba para fundamentar su despido.

⁵⁹ Considerando 100 de la Directiva *Whistleblower*. El aptdo. 8.4.1. de la NORMA UNE-ISO 37002 refiere el respeto al debido proceso. También alude el

de defensa y la presunción de inocencia del sujeto pasivo del proceso, llama la atención que tanto la Directiva *Whistleblower*, como la norma de transposición española, se refieren a ambos de forma muy tangencial, sin el menor desarrollo, convirtiendo, parece, en “secundarios” dos derechos que deben ser básicos en las investigaciones privadas.

4.2. DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La proscripción de dilaciones indebidas es extensible a las averiguaciones internas.

Según el artículo 9 de la Directiva *Whistleblower*⁶⁰, el plazo máximo no puede superar los tres meses, pudiendo extenderse a seis en casos justificados. En esta línea, el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 13, letra g) habla de seis meses de duración máxima de la investigación.

4.3. FASES DE LA INVESTIGACIÓN⁶¹.

4.3.1. FASE PRELIMINAR.

a) Decisión sobre la admisión a trámite de la investigación.

Se enmarcaría en este primer momento la admisión o no a trámite de la denuncia, y el acuse de recibo al denunciante cuando no haya utilizado el anonimato⁶².

debido proceso el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 13, letra f).

⁶⁰ Artículo 9 de la Ley 2/2023 de España.

⁶¹ Como señala GARCÍA – PANASCO MORALES, G., “La nueva Ley del informante: cuando las buenas intenciones se pueden convertir en un problema.”, *Diario La Ley*, N° 10264, Sección Tribuna, 11 de abril de 2023, pág. 7, tanto la Directiva, como la norma de transposición española, adolecen de una absoluta falta de regulación sobre el contenido de las investigaciones a realizar tras la recepción de la denuncia.

⁶² La NORMA UNE-ISO 37002 señala (Nota del aptdo. 8.3.1) que, al evaluar las denuncias, se pueden considerar los siguientes aspectos: *¿Está la irregularidad incluida dentro del alcance de la política de denuncia de irregularidades? Si no es así, ¿necesitaría tratarse de acuerdo con otro procedimiento o abordarse de otra*

El Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 13) establece que al recibir la denuncia debe procederse a su valoración, considerando aspectos como prioridad, exhaustividad y relevancia de la información. También, señala el meritado precepto del Reglamento de Costa Rica, es en este momento cuando debe determinarse la protección requerida por el denunciante.

b) Medidas para evitar represalias al denunciante.

Se deben establecer las medidas que resulten necesarias para la salvaguarda del alertador. Aunque se haya efectuado confidencialmente, como se ha indicado, en determinadas ocasiones, atendiendo los hechos que le han sido puestos de manifiesto al sujeto colectivo, es posible que el denunciado pueda intuir qué persona ha formulado la delación, por lo que se tendrán que tomar en este momento inicial las cautelas pertinentes para evitar represalias.

c) Constitución del equipo encargado de la investigación.

Se deberá formar el equipo encargado de la investigación. Aunque en los supuestos menos graves la encomienda se efectuará únicamente a las personas a las que se haya asignado la gestión del canal, en aquellos casos en que la investigación tenga cierta complejidad, puede ser necesario la utilización de otros recursos, como, por ejemplo,

manera?; ¿Es la irregularidad un delito penal? ¿Es necesario remitir la irregularidad a las autoridades policiales o reguladoras?; ¿Cuándo sucedió la irregularidad o está a punto de suceder?; ¿Existe una necesidad inmediata de detener o suspender las actividades del negocio?; ¿Existe un riesgo inmediato para la salud y la seguridad?; ¿Existe un riesgo inmediato para los derechos humanos o el medio ambiente?; ¿Existe una necesidad inmediata de asegurar y proteger las pruebas antes de eliminarlas o destruirlas?; ¿Existe algún riesgo para las funciones, los servicios y/o la reputación de la organización?; ¿La continuidad del negocio se verá afectada por la denuncia que se está investigando?; ¿Podría haber interés de los medios de comunicación en la denuncia de irregularidades?; ¿Cómo se puede gestionar este proceso de evaluación, asegurando al mismo tiempo la confianza, la protección y la imparcialidad?; ¿Hay disponible más información que la corrobore?; ¿Cuál es la naturaleza de la irregularidad (es decir, tipo, frecuencia, prevalencia, función y antigüedad de los sujetos de la denuncia)?; ¿Existe la posibilidad de que se denuncie la irregularidad fuera de la organización?; ¿Se ha denunciado previamente la irregularidad?; ¿Cómo obtuvo el denunciante la información: la información es de primera mano o proviene de rumores?.

personal informático que pueda facilitar la recopilación y organización de los vestigios extraídos de dispositivos electrónicos. La exigencia de un equipo investigador establecido al efecto, además de una exigencia doctrinal⁶³, es destacada también por diversos textos. La Directiva *Whistleblower* señala en el artículo 9.1.a)⁶⁴ que no puede acceder a la denuncia el personal no autorizado. Abundando en esto, el artículo 9.1.c) determina, entre los elementos del canal de denuncias, la designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias, y que mantendrá la comunicación con el denunciante. Por su parte, el artículo 5.3 de los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores de Perú, preceptúa que se debe designar a la persona o equipo de personas encargadas de la realización de investigaciones internas, pudiendo tercerizarse la administración e investigación de las denuncias.

La correcta capacitación de las personas encargadas de las investigaciones es destacada también por las principales normas. Los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores de Perú instan (aptdo. 5.2) que su revisión sea encargada a personas que posean conocimientos jurídicos suficientes para discriminar aquellas informaciones que pudieran ser relevantes desde la perspectiva jurídico-penal, de aquellas carentes de interés legal, debiendo además poseer capacidad suficiente para instar el inicio de una investigación interna, en tanto la denuncia recibida lo amerite, por lo que se recomienda que se trate de personas con acceso directo a los órganos de control y de gobierno de la sociedad. Las normas peruanas destacan también la debida imparcialidad de los sujetos encargados de la indagación. Al respecto, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* recoge, en la letra D del apartado I, como elemento a considerar para determinar la efectividad del *compliance program* instaurado, si las investigaciones son independientes y objetivas.

d) Fijación de la estrategia y *planning* de la investigación.

⁶³ PUYOL MONTERO, F.J., “El funcionamiento práctico del canal... ob. cit. págs. 216-218 o NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 239.

⁶⁴ Artículo 32.1.d) de la Ley 2/2023 de España.

El equipo investigador debe preestablecer la estrategia más adecuada para determinar el alcance del posible incumplimiento objeto de la indagación, fijando la planificación que resulte más eficaz para su comprobación.

Sin perjuicio de otras cuestiones, se deben consignar necesariamente los siguientes aspectos:

- Normativa de aplicación que pudiera haber resultado incumplida, y consecuencias hipotéticas para la empresa.
- Documentación que pudiera resultar oportuno recabar, y cautelas a seguir en el caso de que pudiera estar almacenada en dispositivos electrónicos que tengan un usuario asignado.
- Fijación de las personas de la organización cuyo testimonio pudiera resultar pertinente para aclarar lo ocurrido.

e) Medidas cautelares.

En ocasiones, con la finalidad de asegurar el buen fin de las pesquisas⁶⁵ o evitar la reiteración en el incumplimiento, se pueden tomar medidas cautelares respecto al denunciado. Para que sean admisibles, es preciso que la denuncia recibida aporte el suficiente acervo probatorio como para que permita considerar la apariencia de veracidad de lo denunciado.

Las medidas, principalmente, serán el cambio de puesto de trabajo o de tareas asignadas al denunciado y, en los supuestos más graves, suspensión de empleo.

4.3.2. FASE INTERMEDIA O DE DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.

Es durante esta etapa cuando se efectúan verdaderamente las labores de indagación que podrían permitir determinar lo ocurrido. En el grueso de ocasiones, se realizarán tres diligencias, principalmente:

⁶⁵ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 257 apunta como ejemplo la evitación de la destrucción de pruebas que pudiera guardar el denunciado en su ordenador.

a) Entrevista al denunciado.

Aunque indudablemente se le debe dar oportunidad al denunciado para ser oído, la entrevista no necesariamente tiene que materializarse al inicio de la investigación, pudiendo posponerse hasta un momento ulterior para, entre tanto, lograr el aseguramiento de los medios de prueba que corran el riesgo de ser destruidos.

Con la debida antelación a la entrevista, se debe informar al denunciado de los derechos que le asisten – en particular, para que pueda acudir asistido de letrado –, exponiéndole los hechos que se le atribuyen, y facilitándole copia del expediente. Si la denuncia es confidencial se deben eliminar los datos identificativos del delator.

La entrevista podrá ser grabada en soporte digital o compilar las afirmaciones que realice en un acta, que deberá ser firmada por todos los presentes. La Directiva *Whistleblower*, aunque referida al testimonio del denunciante realizado mediante una entrevista, señala en el artículo 18.4 que se elaborará “*un acta pormenorizada de la reunión preparada por el personal responsable de tratar la denuncia. Las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes ofrecerán al denunciante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma el acta de la reunión*”.

b) Entrevista a testigos.

Durante esta fase se recabará el testimonio de posibles testigos del incumplimiento. Aunque el método más eficaz es la realización de entrevistas personales, en aquellos supuestos en que sea necesario obtener la testifical de muchos sujetos diferentes una alternativa habitual será la realización de cuestionarios. La Directiva *Whistleblower*⁶⁶, si bien en su articulado parece centrar solo su protección en los denunciantes, señala en el considerando 76 que “*Los Estados miembros deben velar por que las autoridades competentes dispongan de procedimientos de protección adecuados para el tratamiento de las denuncias y para la protección de los datos personales de quienes sean mencionados en la denuncia. Dichos procedimientos deben garantizar la protección de la identidad de cada denunciante, cada persona*

⁶⁶ Artículo 5.2.b) de la Ley 2/2023 de España.

afectada y cada tercero que se mencione en la denuncia, por ejemplo, testigos o compañeros de trabajo, en todas las fases del procedimiento”.

c) Recopilación de documentos y otros vestigios.

El grueso del material obtenido durante esta fase tendrá carácter documental. De hecho, el éxito de la investigación depende en buena medida de la correcta recopilación y organización de la documentación interna generada por la corporación.

Los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores de Perú, destacan (aptdo. 5.3) la importancia de documentar debidamente las actuaciones que se lleven a cabo, preservando la integridad de la evidencia recolectada a través de procedimientos de cadena de custodia, a fin de que eventualmente pueda utilizarse en una investigación oficial conducida por las autoridades encargadas de la persecución penal.

Por este motivo, como señala NIETO MARTÍN⁶⁷, pueden resultar muy útiles las empresas dedicadas al *forensic*⁶⁸, que, entre otras cuestiones, emplean herramientas de *software* mediante los que analizar miles de documentos rastreándolos con métodos de búsqueda precisos.

4.3.3. INFORME FINAL.

La investigación concluirá con la elaboración de un informe por el equipo investigador que recoja con carácter exhaustivo las conclusiones alcanzadas, los medios de prueba que las sustentan, y la propuesta infractora que se realiza frente a los sujetos que se hayan determinado como incumplidores.

⁶⁷ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas... ob. cit. pág. 251.

⁶⁸ El informe *forensic*, elaborado por la consultora PWC, está teniendo un peso importante en el proceso penal seguido frente al BBVA por el conocido como “caso Villarejo” (https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-12-24/audiencia-nacional-bbva-informe-forensic-pwc_2389159/ última visita 17/03/2023) De hecho, según algunas informaciones (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/16/companias/1581877046_300923.html última visita 17/03/2023), el *forensic* llegó a la conclusión de que el BBVA se saltó sus normas de compra y su propio código de conducta.

A resultas de la investigación, pueden alcanzarse dos grupos de conclusiones:

- Archivo del procedimiento, si los hechos investigados no son constitutivos de delito; no se ha acreditado su comisión; o no puede detectarse qué concreta persona de la organización los ha cometido. En este último supuesto, será necesario tomar medidas internas destinadas a su futura evitación y a establecer los mecanismos necesarios para la identificación de los responsables si se dan nuevos incumplimientos.
- En el caso de que se determine que se ha producido una infracción, el informe tendrá que recoger los sujetos que han intervenido; naturaleza de los hechos; fecha, lugar y las circunstancias en que sucedieron; normativa infringida y las posibles consecuencias del incumplimiento. El equipo investigador debe señalar las medidas a implantar para su evitación, detección o reacción temprana, y las sanciones propuestas para los autores.

El informe final con la propuesta se deberá trasladar al órgano de *compliance* penal.

4.3.4. SANCIÓN.

El encargado del cumplimiento normativo de la empresa será quien, sobre la base del informe final, y manteniendo informado al órgano de gobierno de la empresa⁶⁹, deberá establecer las sanciones a imponer al incumplidor, y las medidas que se deben adoptar. El *compliance officer* no está obligado a seguir las conclusiones alcanzadas por el equipo investigador, si bien deberá motivar las causas que le han llevado a separarse de la propuesta de resolución recibida.

Para asegurar la debida imparcialidad, es relevante que los sujetos que deban decidir sobre la sanción a imponer no hayan participado en la investigación.

⁶⁹ Obligación establecida en la letra d) del aptdo. 5.1.2 de la NORMA UNE 19601.

4.3.5. PROTECCIÓN DEL RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN.

La correcta protección del resultado de la investigación, excluyéndolo de *miradas ajenas* no toleradas expresamente por la persona jurídica, resulta vital para la defensa corporativa. En línea con lo indicado por NIETO MARTÍN⁷⁰, el control de la información emanada del canal de denuncias reporta a la empresa principalmente tres ventajas: diseñar la estrategia defensiva más acorde a las concretas circunstancias; facilitar el fin de la indagación, evitando o reduciendo los costes reputacionales; e impedir algunas diligencias de investigación (como la entrada y registro), que podrían afectar al resultado de la investigación.

Por ello, afirma NIETO MARTÍN: “*La importancia que en la prevención de la criminalidad económica tienen los canales de denuncia y, en general, los programas de cumplimiento hacen necesario que se establezca algún tipo de garantía que proteja la información que generan frente a jueces, fiscales y autoridades administrativas*”⁷¹.

Señala el autor dos prerrogativas, de escaso arraigo en el derecho continental: el *self auditing privilege*, en virtud del cual resultarían inaccesibles a las autoridades los documentos generados con el objetivo de mejorar el modelo de prevención; y el *ombudsman privilege*, que dota de carácter confidencial a las comunicaciones recibidas por la persona de la empresa designada para la recepción de denuncias o prestar asesoramiento respecto a cuestiones legales⁷².

Dado que no existe expreso reconocimiento del *work product privilege*⁷³, la única forma de proteger realmente ese material sensible es empleando letrados externos de inicio a fin de la investigación.

⁷⁰ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing ... ob. cit. pág. 3.

⁷¹ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing ... ob. cit. pág. 7.

⁷² NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing ... ob. cit. pág. 6.

⁷³ Por ejemplo, el aptdo. 9-28.710 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* sí que hace referencia a este principio como componente esencial del sistema legal estadounidense.

5. PLAN DE ACCIÓN PARA LA REPARACIÓN DE LAS CAUSAS SUBYACENTES.

Resultando incontrovertido que el objetivo del modelo de prevención penal es prevenir, detectar y reaccionar ante los ilícitos, el establecimiento de un plan de acción para mitigar el riesgo de reiteración de las conductas criminales detectadas es por lo tanto un elemento ineludible de los *compliance program*.

Al respecto, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* señala entre los factores a considerar (letra D del apartado III) para la evaluación de la eficacia del sistema preventivo, si el ente ha realizado análisis detallados de las causas de fondo de las malas prácticas, y ha adoptado las medidas correctivas asumidas para que se reproduzcan en el futuro. Según la NORMA UNE – ISO 37002 (aptado. 8.5), cuando se detecten irregularidades, la organización, además de sancionar y remitir, en su caso, el asunto a las autoridades, debe tomar las medidas adecuadas para resolver las irregularidades y supervisar continuamente la eficacia de esas medidas implantadas.

Se trata, en definitiva, de acreditar lo que el Decreto Ejecutivo 42399 de Costa Rica (artículo 13) denomina aprendizaje organizacional.

CONCLUSIONES

1. Al objeto de asegurar la efectividad de las investigaciones internas, como método principal para descubrir ilícitos corporativos, es preciso que los sistemas internos de información instaurados por las entidades sigan un conjunto de hitos: faciliten la formulación de denuncias, incluso de forma anónima; justifiquen adecuadamente la toma de decisión de la corporación sobre si incoar, en virtud de las delaciones o de auditorías internas, la correspondiente indagación; seleccionen los sujetos encargados de la averiguación, determinando las diligencias a practicar que faciliten el esclarecimiento de los hechos; adopten, una vez finalizadas las comprobaciones, las decisiones oportunas respecto al sujeto denunciado, entre las que puede estar el despido del responsable del ilícito y; por último, en virtud de lo descubierto, acojan las medidas internas oportunas para prevenir y evitar conductas similares en el futuro.

2. Atendiendo a los intereses afectados por las investigaciones internas, son exigibles unos especiales deberes de cuidado a cargo de la entidad investigadora, debiendo asegurar escrupulosamente tanto los derechos del denunciante (principalmente, su protección frente a represalias) como los del denunciado. En particular, aunque la mayoría de los textos analizados parecen *pasar de largo*, las pesquisas privadas tienen que ser respetuosas con el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y, en general, el derecho de defensa del investigado.

3. El producto de las investigaciones internas resulta esencial para la acreditación de la eficacia del programa de *compliance* implantado. Por ello, es imprescindible su correcta recopilación y salvaguarda frente a miradas de terceros (inclusive, autoridades) no autorizados por la corporación. De este modo, si atendiendo a lo averiguado mediante el canal de denuncias se pone de manifiesto un defecto organizativo, la entidad debe tener a su alcance las herramientas oportunas para evitar que, precisamente, esa indagación interna, contribuya a su propia incriminación en un hipotético procedimiento penal o administrativo – sancionador en que aparezca como sujeto pasivo.

BIBLIOGRAFÍA

BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 503-549.

BACIGALUPO, E., “Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa”, *Diario La Ley*, nº 8031, Sección Doctrina, 26 de febrero de 2013, Año XXXIV, Ref. D-79.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., “Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española”, *Derecho PUCP*. núm. 85, 2020, págs. 41-78.

GARCÍA MORENO, B., *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GARCÍA – PANASCO MORALES, G., “La nueva Ley del informante: cuando las buenas intenciones se pueden convertir en un problema.”, *Diario La Ley*, N° 10264, Sección Tribuna, 11 de abril de 2023.

GIMENO BEVÍA, J., “De falciari a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, *Diario La Ley*, N° 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

GOENA VIVES, B., “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-19, págs. 1-26.

MASCHMANN, F., “Compliance y derechos del trabajador” en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 147-167.

NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal.” *Diario La Ley*, n° 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-247.

PASCUAL SUAÑA, O., “Implicaciones en el derecho a no inculparse de las personas jurídicas del proyecto de ley Whistleblower”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N°. 6, 2022, págs. 71-111.

PRIETO GONZÁLEZ, H.M., “Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege” en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, págs. 251-265.

PUYOL MONTERO, F.J., *El funcionamiento práctico del canal del compliance “whistleblowing”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *Indret* 3/2006.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., “Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), “*Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 293-389.

RODRÍGUEZ GARCÍA N., “El sistema penal español en tiempos de compliance: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?”, *La Ley Penal*, Nº 160, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero-Febrero, 2023.

VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., “Los derechos de la organización y de los investigados en las investigaciones internas. Cuestiones para el debate”, *La Ley compliance penal*, Nº 8, Sección Estudios, Primer trimestre de 2022.

Authorship information

Oliver Pascual Suaña. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid (UVA). Doctor en Derecho cum laude por la UVA. Abogado en el despacho Muro & San Juan. oliver.pascual@uva.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 18/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2023
- Review 1: 18/04/2023
- Review 2: 27/04/2023
- Review 3: 29/04/2023
- Preliminary editorial decision: 24/05/2023
- Correction round return: 06/06/2023
- Final editorial decision: 15/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PASCUAL SUAÑA, Oliver. Mejores prácticas en los canales de denuncias y en las investigaciones internas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 575-607, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.823>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas


Legality and validity of criminal evidence in internal corporate investigations

Sérgio Bruno Araújo Rebouças¹

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, Brasil

sergioreboucas@ufc.br

 lattes.cnpq.br/3249458056573661

 orcid.org/0000-0001-6716-2950

RESUMO: O desenvolvimento dos sistemas de conformidade normativa no âmbito penal (*criminal compliance*) tem suscitado discussões sobre os desdobramentos materiais e processuais do paradigma de autorregulação empresarial, que envolve a delegação normativa de funções investigativas para a empresa, no marco de programas de gestão, supervisão e controle, quanto aos crimes praticados em sua órbita. Nesse contexto, emerge o problema da licitude, da validade e do valor da prova penal obtida na investigação empresarial interna. Este artigo problematiza questões como a possibilidade de uso e valoração, no processo penal, da prova ilícita obtida por um particular na esfera da empresa, à luz dos direitos fundamentais materiais, e os parâmetros de validade dos atos e resultados investigativos à luz das garantias processuais. Trata-se também da categorização do resultado probatório (em sentido amplo) à

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor *cum laude* em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Ceará (2022-2024). Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito Penal Econômico e da Empresa e Direito Processual Penal. Autor de diversos livros, como *Direito Penal, Parte Geral* (2ª edição, Tirant lo Blanch, 2023), *Curso de Direito Processual Penal* (2ª edição, D'Plácido, 2022) e *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (Tirant lo Blanch, 2022), assim como de vários artigos científicos publicados em revistas nacionais e internacionais especializadas.

luz da diferença, no processo penal brasileiro, entre prova (sentido estrito) e elemento informativo da investigação. A metodologia do trabalho é de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais brasileiras e estrangeiras), com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

PALAVRAS-CHAVE: Criminal compliance; autorregulação empresarial; investigação empresarial interna; licitude e validade da prova.

ABSTRACT: *The development of criminal compliance has raised discussions about the substantive and procedural consequences of the corporate self-regulation paradigm, which implies the normative delegation of investigative functions to the organization, within the framework of a program of management, supervision and control, regarding the crimes committed in its orbit. In this context, the problem of legality, validity and value of criminal evidence obtained in the internal corporate investigation emerges. This article problematizes issues such as the possibility of using, in criminal proceedings, illegal evidence obtained by a private individual within the scope of the organization, in the light of substantive fundamental rights, and the parameters of validity of acts and investigative outcomes in the light of procedural guarantees. The methodology of the work is of a qualitative nature, with indirect investigation, through bibliographical research (Brazilian and foreign doctrinal, legislative and jurisprudential sources), with an exploratory, descriptive, explanatory and propositional approach.*

KEYWORDS: *Criminal compliance; corporate self-regulation; internal corporate investigation; legality of evidence.*

SUMÁRIO: Introdução: contexto dos sistemas de autorregulação empresarial e problemáticas da obtenção de prova no âmbito interno da empresa. 1. Delimitação conceitual e implicações materiais e processuais do *criminal compliance*: 1.1. *Criminal compliance*: conceito, elementos e finalidades; 1.2. Desdobramentos processuais da obtenção de prova nas investigações empresariais internas. 2. Diferença entre licitude e validade e entre *prova* e *elemento informativo* da fase de investigação, com suas repercussões na esfera da investigação empresarial interna; 3. O problema da *licitude* da prova obtida nas investigações empresariais internas: 3.1. Fundamentos da regra de exclusão e sua aplicabilidade à prova ilícita obtida por um particular; 3.2. Fundamentos da exclusão da prova ilícita e sua aplicabilidade à investigação empresarial interna; 4. O problema da

validade da prova (lato sensu) obtida nas investigações empresariais internas: transgressão de garantias processuais nas investigações intraempresariais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO: CONTEXTO DOS SISTEMAS DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL E PROBLEMÁTICAS DA OBTENÇÃO DE PROVA NO ÂMBITO INTERNO DA EMPRESA

O desenvolvimento de sistemas e programas de conformidade e integridade normativa (*compliance*), com seus particulares desdobramentos no âmbito criminal (*criminal compliance*), tem suscitado novos problemas, *materiais e processuais*, decorrentes do paradigma de autorregulação empresarial, em que o Estado transfere para a empresa a supervisão, o controle e a *investigação* de atividades *desviadas* (ilícitas).

Do ponto de vista penal material, mostra-se relevante, por exemplo, a definição de critérios especiais de imputação e de responsabilidade na estrutura complexa da empresa, o que inclui a responsabilidade por omissão do *compliance officer* (sujeito ou órgão autônomo incumbido da execução do programa de conformidade normativa). Podem ser mencionadas também as interações entre a responsabilidade penal do dirigente e a do *compliance officer*, por um lado, e a responsabilidade penal (nos Estados que a admitem) e/ou administrativa da própria empresa, por outro, à luz dos deveres de implantação e de supervisão eficiente de modelos de integridade ética e de gestão, supervisão, vigilância e controle de riscos².

² No sistema espanhol, a título de referência, foi instituído (Lei Orgânica nº 1/2015, no art. 31 *bis* do Código Penal) um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica em decorrência de defeito de organização imputável ao administrador, incumbido da *implantação* de mecanismos de supervisão e controle de riscos, ou ao oficial de cumprimento normativo (*compliance officer*), a quem se reserva a *supervisão* do mesmo programa. Trata-se de um *sistema bifronte* de responsabilidade penal da *pessoa jurídica*, pela *ausência* (i) de *implantação* de modelos de gestão e controle (*compliance*) pelo administrador (art. 31 *bis.2*, 1ª condição, CP espanhol), ou (ii) de *supervisão da eficácia* dos controles internos do modelo de prevenção implantado (art. 31 *bis.2*, 2ª condição, CP espanhol).

Com isso, a empresa resulta inserida em um sistema de deveres normativos de prevenção e de repressão de práticas ilícitas em seu próprio seio (crimes, infrações administrativas), cujo cumprimento eficaz pode funcionar como fundamento de isenção ou de atenuação de responsabilidade penal e/ou administrativa. Em um sistema como o dos Estados Unidos da América, encontra-se a plenitude pragmática da lógica do *carrot and stick*: se a empresa adotou sistemas e controles eficazes para a prevenção da prática de crimes (momento *ex ante*) ou colaborou para o desvendamento da materialidade e sobretudo da autoria individual de infrações penais (momento *ex post*), poderá obter até mesmo isenção de responsabilidade. Trata-se de expressão metafórica que ilustra um tratamento de benefício para quem adotou medidas de prevenção ou de colaboração (a cenoura, *carrot*) e outro de rigidez (o porrete, *stick*) para quem não foi vigilante, nem colaborativo. Desde a reforma legislativa de 2010, o Direito Penal espanhol também prevê um modelo de circunstâncias *atenuantes* da responsabilidade *da pessoa jurídica* que *colaborar* com as autoridades. Esse regime foi essencialmente modificado pela reforma de 2015 (art. 31 *bis*.4, Código Penal espanhol), contemplando-se agora também uma cláusula geral de *isenção* de responsabilidade penal da pessoa jurídica quando tenha havido uma atuação preventiva de seus representantes ou dirigentes na implantação e na execução eficaz de um programa de cumprimento normativo (art. 31 *bis*.2 e 4, Código Penal espanhol).

No Brasil, ainda se mostram relativamente tímidas as ações normativas voltadas à implantação e ao aperfeiçoamento dos sistemas de *compliance* criminal na empresa. A esse respeito, a legislação brasileira só abrange âmbitos extrapenais mais restritos (infrações contra a ordem econômica, infrações contra a administração pública), que só indiretamente têm alguma repercussão na tarefa de identificação da responsabilidade *penal* de diversos sujeitos e órgãos integrantes da estrutura empresarial. Podem ser indicadas, nessa esfera, a Lei nº 12.529/2011 (“Lei Antitruste”), a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), a Lei nº 13.303/2016 (com regras de governança corporativa no setor público) e o recente Decreto presidencial nº 11.129, de 11 de julho de 2022, que, substituindo o Decreto nº 8.420/2015 como instrumento de regulamentação da segunda lei citada (Lei nº 12.846/2013), disciplina o denominado “Programa de Integridade”. Em geral, essas normas se baseiam em modelos de isenção

ou atenuação de responsabilidade *administrativa* da pessoa jurídica como consequência de sua colaboração efetiva e útil (*a posteriori*) com as investigações³. No plano *preventivo*, leva-se também em conta, para o dimensionamento da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, a existência, a aplicação e a efetividade de mecanismos e procedimentos internos de integridade⁴.

Em todo caso, tem-se um cenário bastante difundido de *incentivos normativos* à empresa – ainda que só no sentido negativo, de ameaça de sanções – voltados a uma regulação interna eficiente, refletida na exigência de um modelo *virtuoso* para prevenir riscos de atuações desviadas

³ De acordo com o art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), “a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável”.

⁴ Nos termos do art. 7º, *caput*, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), será levada em consideração, “na aplicação das sanções”, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. A regulamentação dos parâmetros de avaliação desses mecanismos e procedimentos ficou legalmente (art. 7º, parágrafo único, Lei nº 12.846/2013) reservada a um decreto presencial – o que se cumpriu, mais recentemente, pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, cujo art. 57, § 2º, dispõe que “a efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*”, vale dizer, para o efeito de aplicação das sanções à pessoa jurídica (art. 7º, VIII, Lei nº 12.846/2013). Acerca do art. 7º, VII, da Lei nº 12.846/2013, e dos critérios estabelecidos no decreto regulamentador (antes o Decreto nº 8.420/2015), merece alusão a crítica de Eduardo SAAD-DINIZ, referente à *falta de métrica* para avaliar em concreto a efetividade do programa, assim como de “coerência sistemática e articulação com as reais demandas locais de redução das infrações econômicas”. Consulte-se: SAAD-DINIZ, Eduardo. Política regulatória, *enforcement* e *compliance*: análise dos *lineamientos* da Oficina Anticorrupción da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 72-79, esp. 75, jun.-jul./2019. Ainda sobre os parâmetros adequados à avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, veja-se: NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento”. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 6-26; KLEINHEMPEL, Matthias. Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo? In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 217-227.

e, quando isso não seja possível, reprimi-las por colaboração posterior com as instituições oficiais, de maneira a afastar ou ao menos atenuar a responsabilidade da própria pessoa jurídica e a de seus dirigentes. Cabe à empresa vigiar, controlar, identificar práticas ilícitas e investigá-las em todas as suas circunstâncias.

Assim, merecem adequada problematização, nesse mesmo contexto de *delegação estatal de funções investigativas para o marco interno da empresa*, que se pode designar por *investigações intraempresariais*, determinados *aspectos processuais* da maior relevância, entre os quais se destacam a *licitude*, a *validade* e o *uso da prova (lato sensu)* na persecução penal.

Observe-se, antes de tudo, que os órgãos oficiais de persecução penal têm suas atividades investigativas (plano extraprocessual ou pré-processual) e instrutórias (plano processual) limitadas pelo regime de direitos e garantias individuais objeto de especial tutela constitucional.

Na esfera extraprocessual, os *meios invasivos de obtenção de prova* estão normativamente disciplinados, quer por (i) restrições constitucionais materiais e diretas ao investigador (como a exigência de *fundada* suspeita para o ingresso não consentido no domicílio em caso de *flagrante* – art. 5º, inciso XI, da Constituição do Brasil) e controle judicial posterior (verificação da licitude da intervenção policial no domicílio), quer por (ii) a imposição de controle judicial *prévio*, na forma de autorização do ato invasivo (como a exigência de ordem judicial para a busca domiciliar durante o dia – art. 5º, inciso XI, parte final, da Constituição – e para o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas – art. 5º, inciso XII). Nesse âmbito extraprocessual, dá-se a obtenção de prova com potencial afetação sobretudo a direitos fundamentais de caráter material (*v.g.*: inviolabilidade do domicílio, dignidade e autodeterminação pessoal, inviolabilidade das comunicações telefônicas ou telemáticas, intimidade, privacidade etc.). Tem-se aqui o problema da *inserção*, no processo, de uma prova *lícita*.

A *atividade instrutória em juízo*, por seu turno, está normativamente disciplinada em função de *garantias processuais*, como a do devido processo legal, a da ampla defesa – com seus desdobramentos, a exemplo do direito à não autoincriminação –, a do contraditório e a do juízo natural. O problema que desponta, neste caso, é o da *validade* da prova *formada* no próprio processo, sob supervisão e controle judicial.

Posto nesse cenário, o paradigma da autorregulação empresarial, com transferência normativamente respaldada de funções de supervisão, controle e investigação para o âmbito interno da empresa, apresenta problemas particulares, se consideradas as esferas acima indicadas: (i) *inserção* e utilização, no processo penal, de prova *lícita obtida por agentes particulares* (na empresa) com potencial afetação de *direitos materiais*; (ii) *formação* na empresa de elementos *informativos* equiparáveis àqueles obtidos em uma investigação oficial (polícia, Ministério Público) como fonte de justa causa para eventual ajuizamento de ação penal, com potencial afetação a *garantias processuais*; (iii) *formação* na empresa de prova *válida* em um ambiente fora do controle judicial, com potencial afetação a *garantias processuais*, e posterior uso desses elementos informativos no processo penal.

Alguns problemas emergem daí: (a) É possível *utilizar e valorar*, no processo penal, prova obtida *por particulares* (na empresa) com vulneração a direitos fundamentais materiais? Busca-se, neste caso, verificar a aplicabilidade da regra de exclusão de prova ilícita obtida não por um agente estatal, mas por um particular; (b) Considerando o direito processual penal brasileiro, é possível equiparar os dados obtidos no seio da empresa a *elementos informativos da fase de investigação preliminar*, enquanto fonte de justa causa para a ação penal, mas com desdobramentos diretos ou indiretos na própria formação do convencimento judicial sobre o mérito da hipótese acusatória? Em caso positivo, quais são os vetores aplicáveis de respeito às garantias processuais pertinentes? (c) É possível conferir valor *probatório (stricto sensu)* aos elementos obtidos na investigação empresarial interna, depois de submetidos ao contraditório diferido?

Cumprir identificar parâmetros seguros (pressupostos, requisitos, condições) que, a partir do reconhecimento da realidade normativa de programas de conformidade, se revelem aceitáveis como base suficiente para a constituição da *licitude*, da *validade* e do *valor* da prova (*lato sensu*) obtida no seio da empresa, com preservação do núcleo intangível de direitos e garantias materiais e processuais. Este artigo, tomando como referência o estado atual da questão no sistema brasileiro e em sistemas comparados e considerando as discussões presentes na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, orienta-se pelo objetivo de apresentar

algumas situações desafiadoras e de propor possíveis soluções preliminares, alertando para a necessidade de mais abrangente disciplina normativa do tema.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho é de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (artigos científicos, livros especializados, fontes jurisprudenciais, legislação brasileira e estrangeira), com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS DO CRIMINAL COMPLIANCE

1.1. CRIMINAL COMPLIANCE: CONCEITO E ELEMENTOS

Segundo uma noção muito propagada, *compliance* significa simplesmente a correspondência entre o comportamento e as normas⁵ (*conformidade normativa*) ou, como expressa Rotsch, um instrumento de supervisão empresarial caracterizado pela operação das empresas e de seus órgãos em harmonia com o Direito vigente⁶.

Trata-se, na esfera empresarial, da implantação e operação de uma organização eficiente, caracterizada por padrões éticos e por mecanismos de vigilância e controle de riscos, que assegurem o cumprimento dos deveres normativos e impeçam ou dificultem a prática de atos ilícitos pelos sujeitos integrantes da estrutura da empresa em diversos níveis. Nesse contexto, pode-se entender o termo *compliance* como a *consistência*

⁵ Transcende as finalidades deste artigo analisar os múltiplos conceitos de *compliance* oferecidos ou sugeridos por diferentes aportes teóricos. Para uma análise detalhada das diversas vertentes, consulte-se: ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022, p. 288-297.

⁶ ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022, p. 287. Veja-se também: ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. In *Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 2-11, enero de 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 30 mar.2023; ROTSCH, Thomas. Corrupção e *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 31-51, 2019.

entre as exigências legais e as exigências internas⁷ de regulação, supervisão e controle das atividades desenvolvidas nos variados âmbitos de competência da organização empresarial.

Na perspectiva da responsabilidade penal da empresa, os sistemas de *compliance* se entendem, segundo Nieto Martín, como o conjunto de medidas necessárias a uma *organização virtuosa* (sentido positivo) da sociedade empresarial, para que esta não seja penalmente responsável ou tenha sua pena reduzida no caso de algum de seus órgãos ou empregados (administradores, diretores, trabalhadores, por exemplo) praticar um crime no desempenho de suas funções⁸.

Por outro lado, os programas de cumprimento normativo (*compliance*) podem ser vistos também sob o prisma da responsabilidade dos órgãos internos da empresa (administrador e órgão ou oficial de *compliance*) pela implantação e supervisão dos mecanismos de vigilância e controle⁹.

Desde 1988, a *U.S. Sentencing Commission* tem estabelecido um amplo sistema de padrões para um efetivo *programa de compliance*, no §8B2.1 de seu *Guidelines Manual*, cuja última edição foi publicada no final de 2021¹⁰. Segundo as linhas centrais desse documento, o êxito do sistema

⁷ Como expõem Hassan e Logrippio: “We define *compliance* (sometimes also called *conformance*, a term used in software engineering with a similar meaning) as the mutual consistency of legal requirements and enterprise requirements. It could be said that there are two aspects to compliance: completeness and consistency. However often completeness reduces to consistency, because if an implementation is incomplete with respect to requirements, then scenarios may exist that are inconsistent with the requirements”. HASSAN, Waël; LOGRIPPO, Luigi. Requirements and compliance in legal systems: a logic approach. *2008 Requirements Engineering and Law*, RELAW’08, Barcelona, p. 40-44. DOI: 10.1109/RELAW.2008.8.

⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-50, esp. 31.

⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXXV, n. 35, p. 733-782, esp. 772, 2015.

¹⁰ US Sentencing Guidelines. *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, p. 517-522. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2021. Disponível em: <https://>

depende não só da fixação de padrões de conduta e de comportamentos proibidos, mas especialmente da capacidade da empresa de *demonstrar* a efetividade do programa.

Nesse cenário, os indicadores de efetividade incluem os seguintes: *a*) a devida diligência (*due diligence*) para detectar e *prevenir* a prática de crimes e por outros meios promover uma cultura organizacional, com padrões e procedimentos que estimulem condutas éticas e o compromisso de cumprir a lei; *b*) a supervisão do programa de *compliance* por pessoas de alta qualificação; *c*) a delegação responsável de autoridade; *d*) o contínuo treinamento dos empregados; *e*) a efetividade das linhas diretas e anônimas de comunicação, conhecidas como *linhas éticas* ou de *whistleblowing*, e dos protocolos de informes¹¹; *f*) a rápida e adequada investigação de reclamações e a correção de deficiências, inclusive com autorrevelação e disciplina consistentemente aplicada quando seja apropriado; *g*) robusta vigilância e processos de auditoria que suficientemente enfrentem as áreas cruciais de risco para a empresa¹². Trata-se, portanto, de um sofisticado sistema de vigilância e de transparência interna destinado a controlar os riscos de práticas criminosas a partir da empresa e a reprimir eficientemente os crimes já aperfeiçoados.

www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹ Veja-se, sobre o *whistleblowing* no contexto dos sistemas de *compliance* no Direito Penal espanhol: GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derechos de los trabajadores*. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 125-146, esp. 141-145. Consulte-se também: SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. *Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações?* *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun./2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.006.

¹² US Sentencing Guidelines. *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, p. 517-522. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2021.

1.2. DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS DA OBTENÇÃO DE PROVA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS

As investigações empresariais internas (ou investigações *intraempresariais*) refletem um fenômeno de privatização parcial da persecução penal, em seu momento investigativo preliminar, que é o desdobramento inevitável do aludido paradigma de transferência, para a empresa, de funções de controle de criminalidade (*criminal compliance*). Segundo certa perspectiva, essa lógica se irradia até mesmo para o sancionamento de infrações penais. Com esse sentido, Montiel identifica um “segundo sistema de regulação”, paralelo ao estatal, que reserva às empresas as tarefas de prevenir, desvendar e sancionar os ilícitos¹³. Como, porém, tais sanções se restringem à esfera extrapenal, o ponto de maior interesse para o processo penal diz respeito à *obtenção de prova (lato sensu)*, em geral com mais eficiência do que os mecanismos oficiais, dada a imediatidade e a extensão do acesso da empresa às informações e fontes probatórias relevantes, assim como os já referidos incentivos de isenção ou de atenuação de responsabilidade. De acordo com Neira Pena, atribui-se à pessoa jurídica uma tarefa de *pseudo-polícia*, para que, mediante investigações internas, desvende a prática de crimes, determine os indivíduos culpáveis e compile as fontes de prova para entregá-las à justiça em troca de leniência¹⁴. Ademais, não devem ser menosprezados, ainda no plano dos incentivos, outras repercussões negativas, de caráter econômico e reputacional, à empresa carente de um sistema efetivo de investigação e apuração interna, para fins preventivos e corretivos¹⁵. Por fim, há também,

¹³ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, Valparaíso, p. 251-277, esp. 253, 2013.

¹⁴ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 333.

¹⁵ Destacando esse aspecto, Del Rosal Blasco: “...la empresa debe de tener el máximo de información posible acerca de los hechos, para poder reaccionar corrigiendo todas aquellas disfunciones que se hayan detectado y prevenir las posibles consecuencias negativas que tales hechos puedan tener para la empresa (reputacionales, económicas, limitaciones a la contratación pública, sancionadoras, etc.)”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9180, Sección Tribuna, 18 de abril de 2018,

como vantagem para a empresa, o afastamento dos riscos de intervenções invasivas dos órgãos de persecução penal, por medidas como a busca e a apreensão de documentos¹⁶.

A fonte de prova obtida no seio da empresa poderá influir direta ou indiretamente no julgamento e na eventual aplicação de pena (consequência indelegável para o âmbito privado) ao final de um processo penal. É este o fator que, no presente artigo, se enfatiza como objeto de análise: licitude e validade da prova (*lato sensu*) obtida na empresa, em função de sua afetação a direitos e garantias individuais, assim como sua inserção e uso no processo penal como base de justa causa para a acusação e influência na formação do convencimento judicial.

Em primeiro lugar, a abrangência da vigilância e do controle exigidos já afeta, de plano, a esfera constitucionalmente protegida da *intimidade e da privacidade*¹⁷. Assim, desponta aí o relevante aspecto da

Editorial Wolters Kluwer, p. 3-6, esp. 3, abr./2018. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content>. Acesso em: 30 mar. 2023. Assim, também: SACCANI, Raúl R. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACANNI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 313-341, esp. 314-315; BEDÊ JUNIOR, Américo; ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1008, out./2019, p. 57-91, esp. 62.

¹⁶ Em sentido semelhante: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 342.

¹⁷ Sem dúvida, a implantação de modelos de vigilância em geral envolve diferenciadas formas de intervenção na intimidade e privacidade alheias. Como observa Agustina Sanllehí: “La implementación de una vigilancia intensificada como mecanismo generalizado para el control de la delincuencia y la desviación social plantea diferentes conflictos en los distintos ámbitos de actuación de la persona. La aproximación a una nueva concepción de la vigilancia y el control social responde a un mayor convencimiento de la necesidad y conveniencia de nuevos métodos como parte integrante del arte del buen gobierno. En este sentido, asistimos a una reorientación de las políticas de control social de forma que éstas sean capaces de ‘hacer visible todo’, mediante una vigilancia ‘permanente, exhaustiva y omnipresente’”. AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón. Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Granada, n. 11-10, p. 1-10,

obtenção de dados probatórios acerca da materialidade e da autoria de crimes *em conformidade com a ordem jurídica (licitude)*, o que implica a identificação de limites seguros aos meios invasivos.

Tenha-se em conta que a tutela constitucional de direitos de caráter material está orientada não somente contra a ação invasiva – e em ocasiões violenta – do Estado, mas também contra intervenções abusivas de particulares. Este é um ponto essencial, por mais que haja inequívoca preponderância da dimensão protetiva contra a ação estatal ilegal. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição) delimita uma esfera intangível do indivíduo também contra particulares que, por exemplo, resolvam ingressar na casa alheia sem o consentimento do respectivo morador, a pretexto de flagrante ou outra motivação. Algo semelhante se pode dizer, ainda a título de exemplo, do direito à proteção de dados pessoais, atualmente consagrado no inciso LXXIX acrescentado ao art. 5º da Constituição brasileira pela Emenda Constitucional nº 115/2022, com tutela da autonomia informacional não só contra a intervenção estatal (v.g.: para fins de segurança pública), mas também contra ações indevidas de tratamento de dados por parte de diversas empresas.

Por outro lado, apesar dessa compreensão essencial, parece de igual modo consistente que a *utilização* de prova no processo penal, à luz do vetor de licitude na obtenção, obedece a fundamentos e parâmetros especiais, que reclamam adequada análise. Isso porque, como aprofundado no próximo tópico, a origem da *regra de exclusão* (*exclusionary rule*) de provas obtidas por meios contrários ao direito está intimamente associada ao *desestímulo reforçado* de práticas desviadas, diretas ou indiretas, de *agentes oficiais (estatais)*. Na concepção do sistema norte-americano de *inadmissibilidade* da prova ilícita, assim como em sua expressão contemporânea, a renúncia do Estado ao resultado probatório, suportando os pesados custos sociais da exclusão (custos à expectativa de incriminação e de punição), somente se justifica pela necessidade *especial* de dissuadir agentes estatais (*desestímulo reforçado*) quanto à obtenção de dados probatórios por meios contrários ao direito, não bastando para tanto, como mostra a experiência, o *desestímulo ordinário*, de sujeição de tais

esp. 4, 2009. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

agentes às diversas formas de responsabilidade penal, administrativa e civil vinculadas à atividade ilegal. Diversamente, *para o particular*, entende-se que é suficiente esse desestímulo *ordinário*, de modo que basta sua responsabilização pelo ato ilícito, não se justificando, além disso, a exclusão da prova ilícita, considerando o custo social que isso implicaria.

Por mais que a jurisprudência brasileira, sob a influência (percebida ou não) do referencial preponderante dos princípios da legalidade e do processo equitativo – fundamento cuja autonomia tem sido sustentada no sistema europeu-continental¹⁸ –, reconheça a inadmissibilidade também da prova ilícita obtida por um particular (sem supervisão estatal), a questão permanece em aberto para debate, diante da inegável e direta presença, em nosso sistema, dos fundamentos, princípios e institutos concebidos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (ex.: lógica dos *fruits of the poisonous tree* na inadmissibilidade da prova derivada de ilícita, exceção da *fonte independente* etc.). Ademais, a jurisprudência recente de sistemas comparados tem admitido o uso da prova obtida com vulneração a direitos fundamentais *por particulares*, como hipótese a que *não* se aplica a regra de exclusão, desde que obedecidas determinadas condições¹⁹ (ponto aprofundado adiante, no tópico 2).

Assim, mostra-se relevante analisar em que medida a transferência de significativa parcela da atividade investigativa para a própria empresa, no marco de sua autorregulação, interfere não só na licitude da prova obtida por um particular, mas também na possibilidade de uso de prova *ilícita* no processo penal. Esse ponto será abordado no tópico 2, *infra*.

No plano da afetação a garantias processuais, por sua vez, deve-se considerar como “a rápida e adequada investigação de reclamações e a correção de deficiências” (diretriz entre as *guidelines* norte-americanas) pode conduzir à futura *formação* de uma prova *válida*, em condições aproximáveis – ainda que não equiparáveis – aos elementos informativos passíveis de obtenção na fase pré-processual (investigação preliminar). Essa análise deve levar em conta especialmente a substituição ou

¹⁸ Veja-se: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26 ss.; 151 ss.

¹⁹ Nessa direção, a Sentença do Tribunal Supremo (STS) espanhol nº 116/2017 (Relator: Marchena Gómez) e a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) espanhol nº 97/2019 (Relator: Montoya Melgar).

a complementação *da atividade investigativa oficial* (da chamada polícia judiciária, em um inquérito policial, e/ou do Ministério Público, em um procedimento de investigação criminal) pelas diversas intervenções instrutórias (inquirição, perícia, obtenção de documentos etc.) praticáveis pelos agentes empresariais incumbidos da aplicação do programa de *compliance*.

Considerando-se a impossibilidade de substituição instrutória da atividade *processual* em contraditório judicial²⁰, a que toda a atividade prévia investigativa – inclusive a oficial – está sujeita, o ponto central de abordagem radica na obtenção de *elementos* preponderantemente *informativos* que sirvam como base de justa causa para a persecução penal em juízo (ação penal) e que, segundo a percepção ainda dominante na prática, continuam encerrando alguma medida de influência – ainda que secundária e complementar – na formação do convencimento judicial (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal).

2. DIFERENÇA ENTRE LICITUDE E VALIDADE E ENTRE PROVA E ELEMENTO INFORMATIVO DA FASE DE INVESTIGAÇÃO, COM SUAS REPERCUSSÕES NA ESFERA DA INVESTIGAÇÃO EMPRESARIAL INTERNA

Como referencial, é importante a distinção, devida a Pietro Nuvolone²¹, entre (i) *prova ilícita* e (ii) *prova ilegítima*. Identifica-se a *ilicitude*

²⁰ Conforme Ayala González, “las investigaciones *ad extra* [investigações destinadas às autoridades] no devendrán en un mecanismo sustitutorio de la fase de instrucción propiamente...”. AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n° 2, p. 270-303, esp. 276, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1535-2.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

²¹ Nuvolone distingue o *ato ilícito* do *ato ilegítimo* como espécies do gênero *ilegalidade*. Dessa lógica é que deriva aqui o discernimento entre *prova ilícita* e *prova ilegítima*. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale dei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, s. II, p. 422-475, 1966: “Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, à posto essenzialmente in funzione dei diritti che l’ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente del

probatória na violação a uma norma de direito *material* (substancial) ocorrida no momento da *obtenção* da prova, fora do processo. Tem-se a vulneração, portanto, de direitos fundamentais de caráter substancial, como a liberdade, a autodeterminação pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações telefônicas ou telemáticas. O efeito jurídico da ilicitude é a *inadmissibilidade* da prova, com a consequência material de *exclusão*, expressa no sistema brasileiro como *desentranhamento* e posterior inutilização (art. 157, *caput*, do CPP). Trata-se de um desdobramento extremo, correspondente à gravidade da transgressão, que reflete a renúncia do Estado ao resultado probatório ilicitamente obtido, de modo a impedir sua influência direta ou indireta no convencimento judicial. Por seu turno, a *ilegitimidade* da prova decorre da sua *produção* ou *inserção* no processo com ofensa só a uma norma *processual*, ainda que referente a uma garantia de caráter fundamental: por exemplo, a ofensa às garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, ou à garantia contra a autoincriminação. O efeito jurídico da *ilegitimidade* é a *invalidade* ou *nulidade* da prova, o que gera a exigência legal de *renovação* do ato probatório viciado (art. 573, *caput*, do CPP) – e dos que dele sejam consequência (art. 573, § 1º, do CPP) –, desta vez com observância da norma processual antes violada. Cuida-se de consequência relativamente menos grave se comparada à ilicitude²².

processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito”.

²² Refira-se que parte da doutrina brasileira sustenta a não aplicabilidade da distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, à luz dos parâmetros aqui enunciados, após a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/2008. Segundo Gustavo Badaró, considerando o *caput* do art. 157 do CPP, “para a caracterização da prova ilícita, não se fez qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual”. O mesmo processualista propõe definição das provas ilícitas como aquelas “obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”. Consulte-se: BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 277, dez./2015. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal. Acesso: 31 maio. 2023. *A perspectiva aqui adotada rechaça essa lógica*, à luz do sistema processual brasileiro, que estabelece consequências jurídicas

Assim, no exame sobre a obtenção, a produção, a inserção e o uso, no processo penal, da prova decorrente da atividade investigativa empresarial, deve-se considerar a natureza do direito ou garantia afetável, de maneira a identificar o efeito jurídico passível de aplicação. Os fundamentos e os respectivos desdobramentos são distintos em um e outro caso.

Sob outro prisma, cumpre levantar a questão da diferença, enfatizada por parte da doutrina, entre (i) *prova* e (ii) *elemento informativo da investigação*²³. Em diversos momentos deste artigo, utiliza-se o termo *prova* em sentido amplo, como objeto informativo apto à verificação, ao dimensionamento ou à refutação de uma hipótese fática. Essa perspectiva considera a aptidão informativa do objeto probatório independentemente da forma de sua obtenção ou formação. O tratamento do tema no sistema processual penal brasileiro (art. 155, *caput*, do CPP²⁴), porém, conduz a um significado mais restrito do termo *prova*, como objeto que, por reunir determinadas características especiais, tem idoneidade para, com preponderância, influir na formação do convencimento judicial acerca da hipótese acusatória e de outras questões relevantes para a verificação e o dimensionamento da responsabilidade penal do acusado.

De acordo com o sistema, o valor *probatório* (sentido estrito) é adquirido, para além do mero potencial informativo, por sua (a) produção em contraditório judicial (bilateralidade, judicialidade) ou por (b) características particulares em sua natureza que justificam sua produção

distintas para, de um lado, a *ofensa material* ou *ilicitude* (*inadmissibilidade* – art. 157, CPP) e, de outro lado, a *transgressão processual* (*nulidade* – art. 573, § 1º, CPP). Além disso, os diversos níveis de gravidade dessas duas formas de ilegalidade recomendam o discernimento de cada uma das respostas jurídicas indicadas, em perspectiva que segue compatível, de resto, com a amplitude da atual redação do *caput* do art. 157, que se deve creditar à imprecisão conceitual, e não à unificação de tratamento.

²³ Sobre essa distinção, consulte-se: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297, esp. 248.

²⁴ Art. 155, Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua convicção pela *prova produzida em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (destacou-se).

unilateral e pré-processual (*prova cautelar*²⁵, *prova antecipada*²⁶, *prova não repetível*²⁷). A aquisição desse *valor probatório* permite que o objeto possa interferir com predominância na formação do convencimento do juiz (art. 155, *caput*, CPP). Por sua vez, o objeto que não encerre tais características – vale dizer, aquele de obtenção unilateral, extrajudicial e pré-processual, sem atributos especiais de justificação de valor probatório – se entende como *elemento informativo* da fase investigativa, que só secundariamente poderia de alguma forma influenciar o convencimento judicial, uma vez que a norma só veda de forma expressa que a convicção do juiz se forme exclusivamente com base em tal objeto (art. 155, *caput*, do CPP²⁸). Importa observar que mesmo essa idoneidade secundária do elemento informativo é questionada por significativa parte da doutrina²⁹, entendendo-se que a finalidade do elemento informativo está limitada à apreciação de justa causa para o processo penal, sem reflexos, portanto, no julgamento da acusação. Esse ponto foi reforçado pelo sistema de juiz das garantias – ainda suspenso por medida liminar de ministro do Supremo Tribunal Federal³⁰ –, em que se afastam da apreciação do juiz da instrução e julgamento os elementos obtidos no inquérito policial, ressalvados aqueles que digam respeito a *provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis* (art. 3º-C, § 3º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019).

²⁵ Exemplos de prova *cautelar*: resultado de busca e apreensão domiciliar, de interceptação telefônica ou de afastamento de sigilo de dados telemáticos.

²⁶ Antecipação em caso de risco de perecimento da fonte de prova: por exemplo, inquirição judicial antecipada (pré-processual, antes da fase instrutória normal) de testemunha com idade avançada ou doença grave.

²⁷ Exemplo de prova não repetível: exame de corpo de delito (perícia imediata sobre os vestígios, por natureza perecíveis), para qual não se exige o contraditório (participação do investigado).

²⁸ Art. 155, Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua convicção pela prova produzida em contraditório judicial, *não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (destacou-se).

²⁹ Por todos: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297, esp. 248.

³⁰ Decisão monocrática do Ministro Luiz Fux proferida em 22.02.2020 nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298. 6.299 e 6.300.

Em tais condições, partindo-se da premissa (exposta *supra*) de que a investigação empresarial interna não pode substituir a atividade instrutória *processual* em contraditório judicial, os problemas aqui versados podem ser dimensionados desta forma: (i) No que diz respeito ao problema da *ilicitude*, existe a possibilidade de produção de efetiva *prova* (sentido estrito) por particulares (ex.: gravação ambiental ou telefônica), devendo-se apreciar (i.a) as condições para sua obtenção em conformidade com o direito e, portanto, para a admissibilidade de sua inserção no processo e (i.b) a aplicabilidade ou não do princípio de inadmissibilidade ou de exclusão da prova *ilicitamente* obtida por um particular ao longo de uma investigação empresarial interna; (ii) No que concerne à *validade*, a questão se restringe às condições de eficácia do objeto como *elemento informativo* da fase pré-processual, apto a (ii.a) conferir ou não justa causa para o exercício da ação penal e (ii.b) secundariamente (se muito) influenciar de algum modo na formação do convencimento judicial sobre o mérito da acusação.

Esses pontos serão desenvolvidos adiante.

3. O PROBLEMA DA LICITUDE DA PROVA OBTIDA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS

3.1. FUNDAMENTOS DA REGRA DE EXCLUSÃO E SUA APLICABILIDADE À PROVA ILÍCITA OBTIDA POR UM PARTICULAR

No precedente do caso *Burdeau v. McDowell*, de 1921, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu pela *inaplicabilidade* da regra de exclusão da prova ilícita *obtida por particular*. Com efeito, reconheceu-se ali a possibilidade de utilização de documentos fornecidos *por particulares* que os obtiveram mediante *busca ilícita* em um escritório privado, *sem a participação ou o conhecimento de um agente do Estado*. Ficou então estabelecido que a inviolabilidade dos documentos privados, proclamada pela Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos contra buscas e apreensões ilícitas, só diz respeito à ação estatal³¹.

³¹ United States Supreme Court, *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 1921: “1. The United States may retain for use as evidence in the criminal prosecution

Qual o fundamento dessa posição? Nas origens da regra de exclusão da prova ilícita, não se desprezou o alto custo social (expectativa de eficácia da prevenção e da repressão do crime) decorrente da renúncia do Estado ao resultado probatório (em geral decisivo para sustentar uma condenação). A exclusão da prova, portanto, só se justifica pela necessidade de um *desestímulo reforçado* à atividade estatal de obtenção de prova com ofensa a direitos fundamentais, para além da dissuasão ordinária, que neste caso (ação estatal) se entendeu como ineficaz, propiciada pela possibilidade de responsabilização criminal, administrativa e civil. Assim, a evolução da jurisprudência norte-americana – como ilustrado por diversos casos paradigmáticos – tem se orientado pelo parâmetro da compensação efetiva do custo social da exclusão pela necessidade real do efeito dissuasório da exclusão. Entendeu-se, nesse cenário, que para o particular, que só esporadicamente se vê em uma oportunidade de obtenção ilícita do dado probatório, basta o desestímulo ordinário (sujeição a diversas formas de responsabilidade, inclusive a penal), não se justificando a exclusão da prova.

Com postura diversa, o Supremo Tribunal Federal brasileiro fixou – em pelo menos duas oportunidades – a inadmissibilidade de toda prova ilícita, independentemente de quem a tenha obtido, diante da amplitude da norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Neste sentido, disse a Suprema Corte, ao julgar o HC 82.862/SP, que é inadmissível o uso de papéis confidenciais obtidos ilicitamente por ex-empregado de empresa³². Esse julgado seguiu a mesma linha de outro em que se afirmou que a inadmissibilidade da prova ilícita se aplica “ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo”³³.

of their own incriminating documents which are turned over to it by private individuals who procured them, without the participation or knowledge of any government official, through a wrongful search of the owner's private desk and papers in an office. 2. The provision of the Fourth Amendment forbidding unreasonable searches and seizures refers to governmental action". (destacou-se). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

³² Supremo Tribunal Federal (STF), 2ª Turma, *Habeas Corpus* nº 82.862/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, publicação em 13.06.2008.

³³ Supremo Tribunal Federal (STF), decisão monocrática, *Recurso Extraordinário* nº 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, publicação em 03.08.2000.

Apesar desses precedentes no Brasil, a questão está longe de constituir ponto pacífico. O debate segue aberto e assume grande relevância no âmbito da investigação empresarial interna, em que a transferência de significativa parcela de controle de criminalidade para a empresa assume o caráter de delegação estatal.

Em julgado mais recente (2017), o *Tribunal Supremo da Espanha* afirmou, como “dado decisivo”, o seguinte ponto: “a decisão sobre a exclusão probatória adquire uma dimensão especial se quem fez possível que as provas controvertidas aflorassem nunca atuou no marco de uma atividade de respaldo aos órgãos do Estado chamados à persecução do delito”. Segundo o mesmo Tribunal, o fator determinante é que o particular “nunca, de forma direta ou indireta, tenha atuado como uma peça camuflada do Estado a serviço da investigação penal”. Assim, concluiu o Tribunal Supremo da Espanha pela *possibilidade de valoração de uma fonte de prova obtida por um particular (a) com absoluta desconexão de toda atividade estatal e (b) alheia em sua origem à vontade de prefabricar provas*. Com isso, fixou-se viabilidade do uso e da valoração da prova ilícita, obtida com ofensa a direitos fundamentais (no caso concreto, o direito à intimidade), desde que *ausentes*: (a) vínculo com atividade estatal de investigação criminal (“exercício do *jus puniendi*); (b) intenção prévia do particular de constituir prova para utilização em processo penal futuro³⁴.

O Tribunal *Constitucional* espanhol, por sua vez, apreciou em sede recursal o mesmo caso antes julgado pelo Tribunal Supremo, mantendo em linhas gerais a mesma orientação, embora enfatizando aspectos específicos da ordem jurídica espanhola acerca da regulação bancária entre particulares e seus reflexos no direito à intimidade. No julgado do Tribunal Constitucional interessa destacar estes pontos: (i) A Corte reconhece, em caráter geral, que a “vulneração originária do direito substantivo” *por um particular* “não altera em absoluto o cânone de constitucionalidade aplicável desde a ótica do direito a um processo com todas as garantias (art. 24.2 CE)”, de modo que a exclusão dos elementos probatórios obtidos

³⁴ Tribunal Supremo, España. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 116/2017, Sala de lo Penal, Ponente: Manuel Marchena Gómez, 23 febrero 2017. Disponível em: <https://vlex.es/vid/667933841>. Acesso em: 30 mar. 2023.

deve ser, também nessas hipóteses, o “ponto de partida”; mas admite, de toda sorte, que “em cada caso concreto” o órgão jurisdicional possa apreciar “a ausência de necessidades de tutela processual quanto à vulneração consumada, incorporando, nestes casos excepcionais, os elementos controvertidos ao acervo probatório”; (ii) No caso particular, entendeu a Corte que não existe uma “necessidade jurídica” de extensão ao processo penal da tutela do direito à intimidade relacionada a uma “intromissão *inter privados*”, considerando que a Espanha não tem um sistema jurídico de “opacidade bancária que exija instrumentalizar o processo penal para prevenir este tipo de violações de direitos fundamentais verificadas entre particulares”³⁵.

Os fundamentos invocados pelo Tribunal Constitucional da Espanha, abstraindo-se aqui as peculiaridades (irrelevantes para a discussão em foco) da ordem jurídica espanhola, parecem sinalizar um exame de proporcionalidade quanto ao uso no processo penal de dados ilicitamente obtidos nas relações entre particulares. Em todo caso, a questão central discutida não é a tutela constitucional de direitos fundamentais contra intervenções também de particulares, algo inequívoco quando se considera que o agente pode ser responsabilizado até mesmo criminalmente, mas a possibilidade de uso e valoração *do resultado probatório* no processo penal. A este respeito, o Tribunal Supremo espanhol estabeleceu parâmetros relevantes nos planos objetivo (ausência de vínculo estatal direto ou indireto) e subjetivo (ausência de intenção prévia de fabricação de prova para uso futuro em processo penal) para admitir a valoração da prova ilicitamente obtida pelo particular.

3.2. FUNDAMENTOS DA EXCLUSÃO DA PROVA ILÍCITA E SUA APLICABILIDADE À INVESTIGAÇÃO EMPRESARIAL INTERNA

Uma vez transportado o contexto acima apresentado para o marco da investigação intraempresarial, alguns aspectos específicos reclamam

³⁵ Tribunal Constitucional, España. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 97/2019, Pleno, Ponente: Alfredo Montoya Melgar, 16 julio 2019. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11909. Acesso em: 30 mar. 2023.

exame: (i) a delegação estatal de funções de controle e de investigação para a empresa é estável e permanente, não se tratando aqui, portanto, de atuação esporádica e imprevisível de um particular na obtenção de prova; (ii) em virtude do próprio regime inerente aos programas de *compliance*, normativamente disciplinado em suas características e finalidades, tem-se a intenção prévia do particular, na empresa, de constituir prova para uso futuro em processo penal.

Com base no acima referido julgado do Tribunal *Supremo* da Espanha, Ayala González aponta ainda o aspecto de que, apesar da delegação formal, a investigação empresarial interna *não* envolve uma atuação “camuflada” do Estado, acrescentando que as apurações corporativas *paralelas* (meios) não são as próprias da autoridade pública, por mais que possam perseguir as mesmas finalidades³⁶.

Parece haver razão nesse raciocínio em si mesmo, tomado isoladamente, mas é preciso considerar que as características do modelo de autorregulação empresarial tornam a empresa um ente investigativo *habitual* e institucionalizado, com previsibilidade de atuação normatizada, que, por isso, não pode ser tratado da mesma forma que o particular que esporadicamente encontra oportunidade para obter prova por meios ilícitos. Este é o aspecto acima indicado em (i). Por certo, os meios empresariais investigativos não implicam nenhuma forma de interferência do Estado (fosse este o caso, a discussão nem se colocaria, considerando a própria posição da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, antes referida³⁷). O paradigma da autorregulação, por sinal, é mesmo o de *delegação* (*transferência regrada*) de tais atividades para a empresa, cujo aparato de supervisão e de controle difere daquele

³⁶ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, esp. 288, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08.

³⁷ United States Supreme Court, *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 1921: “1. The United States may retain for use as evidence in the criminal prosecution of their own incriminating documents which are turned over to it *by private individuals who procured them, without the participation or knowledge of any government official, through a wrongful search of the owner’s private desk and papers in an office*”. (destacou-se). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

próprio da investigação oficial. *Essa não é, porém, a questão relevante a ser enfatizada aqui.*

À luz da perspectiva do sistema jurisprudencial dos Estados Unidos, que legou também aos sistemas da tradição europeia-continental os fundamentos do tema discutido, a necessidade de exclusão da prova ilícita se restringiria à ação estatal porque o Estado é que detém os mecanismos institucionalizados e profissionalizados de investigação, conduzidos em uma esfera de poder capaz de elidir – na prática – os aparatos ordinários de desincentivo (dissuasão) de práticas ilegais. O agente investigador tem um aparato à sua disposição que pode ser desvirtuado para dificultar ou impedir a apuração de sua responsabilidade. Desde o paradigmático caso *Weeks v. United States*, de 1914, aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos já aludia à “tendência daqueles que executam as leis penais do país de obter elementos de convicção por meio de apreensões ilegais e de confissões forçadas”, com “sujeição de acusados a injustificáveis práticas destrutivas de direitos assegurados pela Constituição” que “*provavelmente não encontra nenhuma sanção nos julgamentos das cortes*”³⁸. E por que a prática ilícita *de agentes estatais* não encontra sanção? A resposta parece derivar do controle estatal do sistema investigativo, com habitualidade e profissionalidade, em uma estrutura funcional de poder.

Por sua vez, o particular não dispõe dessa estrutura e dessas funcionalidades. Os casos típicos na jurisprudência são de particulares que encontram ocasião para obter prova ilícita, ou que a alcançam sem intenção específica de ato contrário ao direito. Trata-se de um evento esporádico – e, ainda que possa ser reiterado algumas vezes, normalmente não se constitui como exercício habitual e profissional e jamais poderia ser institucionalizado. Para esse particular, não há justificação para a renúncia do Estado à valoração da prova ilícita, porque o efeito de desestímulo a atividades ilegais já se tem por cumprido mediante as normas ordinárias de responsabilização penal (quando o ilícito constitua também crime) e civil – de modo que não se justifica, para além disso, suportar o custo social oriundo da exclusão da prova.

³⁸ United States Supreme Court, *Weeks v. United States*, 232. U.S. 383, 1914. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

No entanto, quando se transferem essas atribuições investigativas para o marco interno da empresa, em relação aos eventos passíveis de ocorrência como desdobramento da atividade empresarial intrínseca (criminalidade *na empresa*) ou extrínseca (criminalidade *de empresa*)³⁹, já se tem um sistema normativo de autorregulação com funções investigativas institucionalizadas, ainda que diversas, em suas características, da investigação oficial. No seu próprio seio, a empresa tem o controle da investigação, com amplas possibilidades manipulativas da descoberta *dos meios* realmente empregados nas tarefas de apuração. Ademais, a aproximação aos fatos no domínio da empresa não se mostra imparcial⁴⁰, e sim, bem diversamente, interessada, já que movida pelo incentivo da isenção ou atenuação de responsabilidade. O próprio programa de *compliance*, por fim, pode ser propulsor de práticas investigativas desviadas, e não se pode presumir que haja facilidade de fiscalização estatal a esse respeito, considerando até mesmo que, por ser o destinatário e favorecido pelo resultado probatório, o investigador público sequer terá ordinariamente maior interesse na aferição da higidez dos meios empregados pela empresa para a obtenção da prova.

Dessa forma, a empresa, como ente investigativo normativamente reconhecido e disciplinado, precisa de desestímulo *reforçado* frente a práticas investigativas desviadas. Apesar da ausência de interferência do Estado ao longo da investigação, trata-se de modelo institucionalizado. Além disso, a circunstância de ser o Estado destinatário *habitual* – e não esporádico – do resultado probatório também qualifica a necessidade de desestímulo reforçado a práticas vulneradoras de direitos fundamentais,

³⁹ A distinção entre criminalidade *de empresa* (*Unternehmenskriminalität*) e criminalidade *na empresa* (*Betriebskriminalität*) se deve a Schünemann. Confira-se em: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascurain Sánchez. In: SAGGSE, Silvina Bacigalupo; SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 529-558, esp. 529.

⁴⁰ Mencionando esse ponto como desvantagem: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 343.

o que só pode ser cumprido pelo efeito de *exclusão*. É o que aqui se defende, com base nos fundamentos centrais da regra de exclusão e de seus desdobramentos, que superam o argumento levantado, à luz da realidade da autorregulação empresarial, quanto à ausência de vínculo da empresa com a investigação criminal oficial.

Por fim, o segundo ponto indicado pelo Tribunal Supremo da Espanha⁴¹, sobre a exigência de que não haja intenção prévia do particular de alcançar prova para uso em futuro processo penal, de igual modo não se aplica à investigação empresarial interna, uma vez que o próprio modelo de autorregulação implica que a empresa obtenha a prova precisamente para colaboração com as autoridades, com a finalidade de afastar sua própria responsabilidade. O objetivo, naturalmente, não é o de “prefabricar” prova, como observa Ayala González, advertindo que não haveria tal aspecto se as provas chegam mais tarde a ser incorporadas a um procedimento penal⁴². Mais uma vez, entretanto, este não parece ser o ponto essencial. A questão é que a empresa obtém a prova com o intuito prévio de fornecê-la depois às autoridades para uso em um processo penal, o que, associado aos demais aspectos aqui observados, oferece potenciais particulares de manipulação, que devem ter desestímulo reforçado com a exclusão da prova.

4. O PROBLEMA DA VALIDADE E DO VALOR DA PROVA (LATO SENSU) OBTIDA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS: TRANSGRESSÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS NAS INVESTIGAÇÕES INTRAEMPRESARIAIS

Antes de tudo, cumpre considerar as dificuldades de atribuição de validade e de valor probatório, com o sentido estrito exposto no tópico 2

⁴¹ Tribunal Supremo, España. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 116/2017, Sala de lo Penal, Ponente: Manuel Marchena Gómez, 23 febrero 2017. Disponível em: <https://vlex.es/vid/667933841>. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁴² AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, esp. 288-289, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08.

(*supra*), aos elementos obtidos na investigação empresarial interna com potencial afetação a garantias processuais.

Alguns fatores merecem destaque no presente tópico: (i) A *validade* dos elementos obtidos em diligências potencialmente vulneradoras de garantias processuais, a exemplo de inquirições de testemunhas e investigados, acareações, perícias internas etc.; (ii) O valor informativo-probatório dos dados assim obtidos, à luz da categorização entre prova (*stricto sensu*) e elemento informativo da fase investigativa (art. 155, *caput*, do CPP brasileiro).

Em primeiro lugar, observe-se que a ausência de regulação normativa específica e uniforme dos procedimentos instrutórios de investigação empresarial interna reflete um problema particular da maior envergadura⁴³, uma vez que conduz a esforços em direções muito diversas na busca, por analogia, de padrões aproximados àqueles dos procedimentos oficiais, relativamente à observância das garantias processuais afetáveis. Não se pode deixar esse problema para a regulação interna de cada empresa, sem parâmetros seguros para que o órgão jurisdicional depois aprecie a possibilidade de utilização dos elementos informativos na persecução penal⁴⁴.

Esclarecido esse ponto, algumas aproximações podem ser pensadas, considerando-se a realidade já instalada, inclusive no Brasil, de autorregulação empresarial e a correlata legitimação normativa das investigações internas.

Não se pode, como antes observado, equiparar a investigação interna a uma investigação oficial, em sentido substitutivo, uma vez que

⁴³ Sobre procedimentos aplicáveis à *entrevista*, consulte-se: BONFANTE, Filipe Gollner; HADDAD, Regina; GIEREMEK, Rogeria. Condução de entrevista em investigações internas. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia prático de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159-171, esp. 164-167.

⁴⁴ Uma problemática especial a ser apreciada, na esfera dos procedimentos, é a da *cadeia de custódia da prova*, analisada detalhadamente em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i2.453. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/453>. Acesso em: 31 maio. 2023.

faltam na primeira, inerentemente, vários atributos fundamentais, como, por exemplo: *a*) não há garantia de independência do investigador privado, normalmente um advogado interno ou outro subordinado na estrutura da empresa; mesmo em relação ao *compliance officer*, não há segurança quanto à sua independência no desempenho de funções investigativas; *b*) a ausência de oficialidade de depoimentos e perícias, enquanto atos não compromissados, diminui seu valor como potencial meio probatório (sentido amplo); *c*) a relação de subordinação de investigados e testemunhas em relação à própria empresa também enfraquece a expectativa de busca da verdade; *d*) a atuação da empresa à luz de seus próprios interesses afasta qualquer expectativa de impessoalidade.

A título de exemplo: é válido, na persecução penal oficial, o resultado de inquirição de testemunha ou do próprio investigado conduzida por advogado ou outro encarregado da empresa? Tomem-se algumas variáveis:

(*a*) Se o depoimento envolveu coação, fraude, erro ou outro vício de consentimento, o ato é inválido. É assim, naturalmente, também no âmbito oficial. A ausência de oficialidade no marco interno da empresa, porém, impõe cautelas adicionais na *demonstração* da validade. Isso pode ser amenizado pela exigência de gravação do depoimento. Não se resolve, de toda sorte, a falta de oficialidade do ato, o que – assim como outros aspectos – impõe a identificação de um caráter *complementar*, e não substitutivo, da investigação empresarial interna frente ao âmbito oficial. A utilidade da investigação interna radica muito mais na *identificação de fontes de prova* para futura exploração pelas autoridades públicas – não devendo ser alimentadas expectativas de *produção* de elementos com valor probatório (sentido amplo). Além disso, tem-se a vantagem da imediatidade da empresa na obtenção do dado informativo, o que de igual modo não exige os órgãos de persecução penal de uma apuração posterior. Assim, mesmo com o cumprimento de todas as cautelas aplicáveis na esfera da empresa, as autoridades públicas deverão adotar diligências no sentido de corroboração dos resultados da investigação intraempresarial.

(*b*) No caso do *investigado*, e mesmo no da pessoa identificada como testemunha, devem ser asseguradas a assistência de defesa técnica e o direito à não autoincriminação. Esse ponto é também

problemático⁴⁵, considerando a relação de subordinação na empresa. O empregado que se recusar a declarar poderá, na prática, ser despedido. Como observa Neira Pena, o direito de não se autoincriminar protege o sujeito do uso processual de suas declarações, mas não o protege de uma demissão injusta⁴⁶. Não se pode, de toda sorte, emprestar valor informativo ao depoimento de um investigado sem a observância dessas garantias mínimas. A confissão prestada sem isso tampouco teria validade. É preciso que o investigador privado advirta o sujeito acerca de seus direitos, inclusive o de guardar silêncio, assim como das implicações de suas declarações, informando-o também sobre a posição e os interesses da própria empresa⁴⁷. Por fim, resulta de igual modo inaceitável, *no contexto de uma investigação interna*, a gravação ambiental clandestina, por um interlocutor, da confissão manifestada por outro, o que também ofende o direito de não se autoincriminar. Essa hipótese é diversa daquela em que, fora de um contexto investigativo, um interlocutor particular grava a conversa do outro (hipótese em que devem ser consideradas as circunstâncias concretas da gravação para que se possa apreciar sua licitude).

Não parece aceitável que tais regulações fiquem restritas, com ampla liberdade, ao contrato de trabalho, como ocorre no sistema

⁴⁵ Para um estudo específico e detalhado desse problema, consulte-se: GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação, p. 787-820. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 787-820.

⁴⁶ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 363.

⁴⁷ Em direção semelhante, sustentam Caio Antonietto e Douglas da Silva: “Para que se possa aproveitar no processo penal o conteúdo das declarações prestadas pelo empregado em sede de investigação interna, mais do que deixar claro para quais fins o procedimento se destina (se visa colaborar com as autoridades ou somente para detecção de deficiências internas), é preciso que tenha sido oportunizado ao investigado, em primeiro lugar, saber em que condição é ouvido e, em segundo lugar, a destinação que se dará aos seus relatos, deixando evidenciado, desde logo, que o procedimento não é *imparcial* e visa, sobretudo, os interesses da empresa”. ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 156, jun./2019, p. 61-90, esp. 71.

norte-americano, o que, entre outros problemas, permitira que os órgãos de persecução penal utilizassem a esfera empresarial para obter elementos probatórios em um ambiente privado dispensado do respeito às garantias constitucionais.

Assim, a atribuição de *validade* ao resultado do ato investigativo interno depende da observância das garantias processuais aplicáveis, da corroboração posterior pelas autoridades públicas e do estrito controle de sua validade e veracidade. Sem esse parâmetro mínimo, não parece tolerável conferir valor informativo ao dado obtido na investigação intraempresarial.

Superada a questão da validade, deve-se dimensionar adequadamente o *valor* do resultado informativo obtido. Como antes indicado, no sistema processual penal brasileiro, é preciso levar em conta a distinção entre elemento informativo e prova (sentido estrito).

A investigação empresarial interna se desenvolve em um âmbito interessado e sem supervisão judicial no momento de sua realização. Não se atribui valor *probatório* (sentido estrito) aos dados obtidos na investigação intraempresarial, da mesma forma que ocorre na esfera da própria investigação oficial. O valor é de *elemento informativo* da fase pré-processual, condicionado à observância de garantias mínimas e à corroboração posterior no marco oficial, assim como limitado a estas *cogitáveis* finalidades: (a) servir de base ao exame sobre a existência ou não de justa causa para o exercício de ação penal; (b) servir de referência secundária e complementar na formação do convencimento do juiz, após submissão ao contraditório diferido. Uma vez consagrado o sistema de juiz das garantias, porém, o ponto (b) ficaria marcadamente prejudicado, considerando que os próprios elementos do procedimento investigativo oficial não poderão ser levados ao conhecimento do juiz da instrução e do julgamento, senão os que digam respeito a provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas (art. 3º-C, § 3º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019). Assim, resultados de inquirições e perícias internas ficam com seu valor limitado ao exame pré-processual de justa causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise desenvolvida, podem ser apresentadas as seguintes respostas aos problemas inicialmente formulados:

(a) No plano da *licitude*: Não é possível *utilizar e valorar*, no processo penal, a prova obtida na investigação empresarial interna com vulneração a direitos fundamentais materiais, vale dizer, a prova ilícita. A proteção constitucional de direitos fundamentais (art. 5º, LVI, da Constituição Federal) contra ações invasivas ilícitas se aplica também a particulares (e não só ao Estado). Segundo a orientação aqui sustentada, esse aspecto pode ceder a temperamentos no âmbito probatório, para o efeito de admissibilidade do uso e da valoração da prova ilicitamente obtida por um particular em um contexto isolado e esporádico, o que se justifica pelos fundamentos da regra de exclusão da prova ilícita, relacionados à necessidade de desestímulo reforçado dirigido especificamente a agentes estatais. Esses temperamentos, entretanto, não podem ser aplicados à investigação empresarial interna, em virtude de sua equiparação às investigações estatais no que diz respeito à habitualidade e à institucionalidade do desempenho empresarial de funções investigativas, em um contexto de controle, o que evidencia a necessidade de desestímulo reforçado frente a práticas de obtenção de prova ilícita no seio da empresa privada.

(b) No plano da *validade* e do *valor*: Considerando o direito processual penal brasileiro vigente, os resultados obtidos no seio da própria empresa em um *procedimento* investigativo interno com potencial vulneração de garantias processuais são comparáveis a *elementos informativos da fase de investigação preliminar* (art. 155, *caput*, do CPP), enquanto *fonte de justa causa para a ação penal*, com a questionável possibilidade adicional de influência secundária no convencimento do juiz. Esses resultados carecem dos atributos da oficialidade e da impessoalidade, o que impõe, para que se identifique o referido valor *de elemento informativo*, o estrito e demonstrado respeito às garantias processuais afetáveis. Isso não exige as autoridades públicas da realização de diligências de corroboração. Para além disso, a atividade empresarial investigativa encontra sua utilidade na identificação de fontes de prova. Em nenhum caso poderá haver valor *probatório (stricto sensu)*, como base principal para a formação do

convencimento judicial (art. 155, *caput*, CPP), nos elementos obtidos em uma investigação empresarial interna. Destaca-se, nesse cenário, a necessidade de regulação normativa específica de um procedimento de investigação intraempresarial.

REFERÊNCIAS

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón. Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Granada, n. 11-10, p. 1-10, esp. 4, 2009. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, jun./2019, p. 61-90.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret. 2020.i2.08. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1535-2.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 277, dez./2015. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal. Acesso: 31 maio. 2023.

BEDÊ JUNIOR, Américo; ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1008, out./2019, p. 57-91.

BONFANTE, Filipe Gollner; HADDAD, Regina; GIEREMEK, Rogeria. Condução de entrevista em investigações internas. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia prática de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159-171.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9180, Sección Tribuna, 18 de abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer, p. 3-6, esp. 3, abr./2018. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content>. Acesso em: 30 mar. 2023.

GOMES FILHO, António Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance* y derechos de los trabajadores. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 125-146.

GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação, p. 787-820. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 787-820.

HASSAN, Waël; LOGRIPPO, Luigi. Requirements and compliance in legal systems: a logic approach. *2008 Requirements Engineering and Law*, RELAW'08, Barcelona, p. 40-44. DOI: 10.1109/RELAW.2008.8.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i2.453. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/453>. Acesso em: 31 maio. 2023.

KLEINHEMPEL, Matthias. Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo? In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 217-227.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXXV, n. 35, p. 733-782, 2015.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, Valparaíso, p. 251-277, 2013.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento”. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 6-26.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-50.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale dei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, s. II, p. 422-475, 1966.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 2-11, enero de 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 30 mar.2023.

ROTSCH, Thomas. Corrupção e *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 31-51, 2019.

ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Política regulatória, *enforcement* e *compliance*: análise dos *lineamientos* da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 72-79, jun.-jul./2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun./2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.006.

SACCANI, Raúl R. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACANNI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 313-341.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascaraín Sánchez. In: SAGGESE, Silvina Bacigalupo; SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 529-558.

Authorship information

Sérgio Bruno Araújo Rebouças. Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor cum laude em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Ceará (2022-2024). Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito Penal Econômico e da Empresa e Direito Processual Penal. sergioreboucas@ufc.br

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 31/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 02/04/2023
- Review 1: 27/04/2023
- Review 2: 01/05/2023
- Preliminary editorial decision: 25/05/2023
- Correction round return: 31/05/2023
- Final editorial decision: 18/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARAÚJO REBOUÇAS, Sérgio B. Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 609-644, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.840>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Unlocking the mystery of internal investigation: the use of information from private internal investigations in the Polish criminal process

*Desbravando os mistérios das investigações internas:
o uso de informações oriundas de investigações
corporativas internas no processo penal da Polônia*


Andrzej Sakowicz¹

University of Białystok, Białystok, Poland
sakowicz@uwb.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0001-6599-4876>

Sebastian Zieliński²

Warsaw University of Technology, Warsaw, Poland
sebastian.zielinski@pw.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8443-8944>

ABSTRACT: This study aims to present the problems associated with the use of information from private internal investigation in a criminal process. The paper first presents the essence, functions, limits, and purposes of internal investigations, taking into account legal restrictions, including constitutional ones. Further in the paper, the authors critically analyze the possibility of using materials obtained and produced in internal investigations in criminal proceedings. A significant number of internal investigations are conducted by attorneys. Therefore, the paper also evaluates the permissibility of abolishing the attorney-client privilege and of the court or the law enforcement agencies obtaining the materials produced by an attorney in the course of an internal

¹ Professor at the University of Białystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law.

² Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law.

investigation or questioning of the lawyer. Having an attorney conduct an internal investigation improves the security of the information produced in the course of the internal investigation, as the materials are covered by the attorney-client privilege. However, one should bear in mind that in Poland this is not an absolute protection. The considerations led the authors to the conclusion that internal investigations are a valuable tool of the system for preventing irregularities in corporations and an important source of materials that can be used in criminal proceedings.

KEYWORDS: internal investigation; obtained evidence; attorney-client privilege; criminal proceedings; compliance investigation; Poland.

RESUMO: *Este estudo visa a apresentar os problemas associados ao uso de informações de investigação interna privada em um processo criminal. O trabalho descreve inicialmente a essência, as funções, os limites e as finalidades das investigações internas, levando em consideração as restrições legais, inclusive constitucionais. Mais adiante, os autores analisam criticamente a possibilidade de utilização em processos criminais de materiais obtidos e produzidos em investigações internas. Um número significativo de investigações internas é conduzido por advogados. Portanto, o trabalho também discute a amplitude do privilégio advogado-cliente e do tribunal ou dos órgãos persecutórios obterem os materiais produzidos no curso de uma investigação interna ou interrogatório do advogado. Ter um advogado conduzindo uma investigação interna melhora a segurança das informações produzidas no decorrer da investigação interna, pois os materiais são cobertos pelo sigilo advogado-cliente. No entanto, deve-se ter em mente que na Polônia esta não é uma proteção absoluta. As considerações levaram os autores à conclusão de que as investigações internas são uma valiosa ferramenta do sistema de prevenção de irregularidades nas empresas e uma importante fonte de materiais que podem ser utilizados em processos criminais.*

PALAVRAS-CHAVE: *investigações internas; meios de obtenção de prova; sigilo cliente-advogado; processo penal; compliance; Polônia.*

I. INTRODUCTION

The role of organizations (corporations) in modern societies of developed countries is aptly reflected in Peter Drucker's concept of "society of organizations." Drucker stresses that in this type of society

“most, if not all, social tasks are done in and by an organization” and this applies as much to commerce as it does to healthcare, social welfare, and the military³. Organizations, including corporations, are equal participants in legal relations in the field of civil and administrative law. Over time, it was also recognized that the admissibility of their criminal liability should be considered, for the Latin phrase *societas delinquere non potest* is inconsistent with the current reality. Edwin Sutherland reached similar conclusions. His research shows that corporations resemble professional criminals in their pathological behavior. Only some of their “deeds” come to light, and even if they do, corporations do not lose the “high” status they enjoy among other actors in the “market.”⁴ Almost all of the corporations surveyed by E. Sutherland had committed punishable violations of law. Most of them were considered by Sutherland to be repeat offenders⁵. It must be admitted that Sutherland’s research and its conclusions have received considerable criticism⁶. However, the estimation of the size of the phenomenon of corporate wrongdoings made by E. Sutherland was later confirmed by, among others, Marshall Clinard and Peter Yeager, as well as Irwin Ross⁷. The literature emphasizes the need to separate the acts and culpability of individuals (managers, agents, and employees) from the culpability of the corporation for which these individuals acted⁸. Corporate crime is thus different from white collar-crime⁹.

³ DRUCKER, Peter. *Post-capitalist society*. London: Butterworth-Heinemann, p. 44, 1993.

⁴ SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crime of Corporations*, *The Sutherland Papers*, pp. 78-95, 1956. Reprint In: ORLAND, Leonard. *Corporate and White Collar Crime: An Anthology*. Cincinnati Ohio: Anderson Publishing Co., pp. 105-106, 1995.

⁵ SUTHERLAND [1956], p. 99.

⁶ ORLAND, Leonard. *Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship*. *American Criminal Law Review*. vol. 17, pp. 501-520. 1980.

⁷ CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Illegal Corporate Behavior*, 1979. Reprint In: ORLAND [1995], p. 106; ROSS, Irwin. *How Lawless Are Big Companies?* *Fortune*. pp. 56-72, 1980. Reprint In: ORLAND [1995], p. 114.

⁸ SCHRAGER, Laura S.; SHORT, JR. James F. *Toward a Sociology of Organizational Crime*. *Social Problems*, vol. 25, n. 4, pp. 407-419. 1978, <https://doi.org/10.2307/800493>.

⁹ Corporate crime is defined as illegal acts involving actions or omissions by an individual or a group of individuals in a legitimate formal organization in

The need for the concepts of white-collar crime and corporate crime to coexist was extensively justified in 1984 by Brent Fisse in his work titled “*The Duality of Corporate and Individual Criminal Liability*”¹⁰. From the perspective of this paper, one of the arguments presented by Brent Fisse in support of the proposition concerning the validity of the aforementioned duality of liability is extremely relevant. Fisse claims that the first argument justifying the need for coexistence of both concepts (i.e. punishing simultaneously the members of a corporation for their own acts and the corporation itself for a “corporate crime”) is the existence of a kind of conspiracy of silence - the corporation’s secret. When a corporation is accused of irregularities, its personnel become silent, either out of loyalty to their co-workers or for fear of being fired. According to B. Fisse, the introduction of criminal liability of corporations eliminates this problem. If a corporation is to be liable for irregularities committed by its employees (managers, agents, etc.), it will itself seek to eliminate the wrongdoers and punish every person liable those irregularities (and no one else)¹¹. Corporations often seek to punish the perpetrators not so much out of a need for justice, but to mitigate their own potential legal liability¹². Regardless of the indicated motives, it is necessary to initiate an internal investigation. For this to happen, the corporation’s internal regulations should specify the procedure and rules for conducting the investigation. On the one hand, the existence of an internal act establishing a whistleblowing

connection with the operational objectives of that organization that have a serious physical or economic impact on employees, consumers, or the general public, see SCHRAGER, Laura S.; SHORT, JR. James F. *Toward a Sociology of Organizational Crime*. *Social Problems*, vol. 25, n. 4, pp. 407-419. 1978, <https://doi.org/10.2307/800493>.

¹⁰ FISSE, Brent. *The Duality of Corporate and Individual Criminal Liability*. In: HOCHSTEDLER, Steury Ellen. (ed.). *Corporations as criminals*. Beverly Hills: Sage Publications, p. 168. Reprint In: CROALL, Hazel. *Corporate Crime Vol. 1, Corporate Crime: Issues of Definition, Construction and Research*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2009.

¹¹ FISSE [1984], pp. 167-178.

¹² This argument will be referred to again later in this paper, because it emphasizes the importance of internal investigations for demonstrating the due diligence of a corporation, which should be one of the most relevant criteria for assessing the criminality of the corporation’s “behavior,” and therefore should significantly affect the severity of the penalty imposed on the corporation.

system indicates an authentic commitment of the corporate management to the policies pursued and the values proclaimed, when there is information that indicates that the behavior of the company's employees violates law or ethical principles, or takes the form of unacceptable practices. On the other hand, such an internal act should specify for current and former employees the rules of internal conduct. In particular, it should identify the body that analyzes the information received, its composition, and the rules of appointment and the powers of its members (e.g. hearing the parties involved in the investigation and the witnesses, and the rules of collection and analysis of any evidence).

The main purpose of the paper is to present the possibility of using materials from corporations' private internal investigations in criminal proceedings in Poland. This issue is interesting for several reasons. First, in the Polish legal system, there are no defined rules for internal investigations and, therefore, it is necessary to establish the legal boundaries of private internal investigations. This fact results significant problems in the proper collection of information in internal investigations and in the further procedural use of such information and materials in criminal proceedings. Second, in Polish criminal proceedings, the position of corporations as the aggrieved parties is strong. They can actively participate in criminal proceedings and thus use the information from its internal investigations. Third, many of the internal investigations are conducted by attorneys. This is also true of internal investigations in Poland. Therefore, the paper analyzes the issue of attorney-client privilege in the context of internal investigations and the possibility of obtaining information from an attorney in a criminal trial by law enforcement agencies or the court. Along with these issues, the essence, functions, and types of internal investigations must be presented. Due to the scope of this publication, the issue of whistleblower protection has been deliberately omitted. Recognizing the importance of this issue, we would only like to point out that Poland, as a member of the European Union, has not yet implemented Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of October 23, 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law¹³, which requires member states to

¹³ Official Journal of the European Union of November 26, 2019, L 305/17.

implement regulations providing protection to whistleblowers, including the establishment of internal procedures for reporting violations covered by that directive¹⁴. Therefore, currently the Polish legal system lacks a comprehensive regulation dedicated to the protection of whistleblowers. Reporting of violations of the law and protection of whistleblowers are possible primarily under the Labor Code. In particular, protection of an employee who has reported a violation of law from the employer's retaliation is possible under the provisions on the principle of non-discrimination in employment (Article 183a (1) of the Labor Code)¹⁵ and on the violation of the principle of equal treatment (Article 183b (1) of the Labor Code), as well as those provisions that govern the employer's obligation to prevent discrimination in employment (Article 94 (2b) of the Labor Code).

II. FUNCTIONS AND TYPES OF INTERNAL INVESTIGATIONS

An internal investigation is usually defined as an inquiry conducted by, or on behalf of, an organization in an effort to discover salient facts pertaining to acts or omissions that may generate legal liability¹⁶. Internal investigations are widely regarded as “an integral part of the successful defense of corporations against charges of misconduct, as well as an important board and management tool for assessing questionable practices.”¹⁷

¹⁴ The provisions of Directive 2019/1937 apply to entities operating both in the public sector and in the private sector. As far as private entities (in particular companies) are concerned, the obligations set out in Directive 2019/1937 related to internal reporting procedures apply to entities with at least 50 employees or those engaged in financial services.

¹⁵ This is dictated by the fact that the Polish Labor Code has an open catalog of prerequisites for considering actions as discriminatory, and these provisions can also be applied to discrimination against an employee who has reported a violation of law.

¹⁶ DUGGIN, Sarah Helene. *Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview*. *Columbia Business Law Review*, no. 3, p. 864. 2003.

¹⁷ BENNETT, Robert S.; KRIEGER, Alan; RAUH Carl S.; WALKER Charles F. *Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley*

An internal investigation can be initiated and conducted for various purposes. Corporate internal investigations may serve preventive purposes by identifying and stopping ongoing violations or developing an informed basis for responding to any civil or criminal action based on the possible wrongdoing¹⁸. A preventive internal investigation can aim to identify potential weaknesses in internal compliance procedures and to seal the corporation's fraud prevention system. Of similar nature are those internal investigations that aim to assess the legal situation of a company, e.g. in connection with M&A transactions. This type of internal investigations is hereafter referred to as due diligence investigations¹⁹ and is used to obtain information about the actual state of the corporation, including the procedures in place. In particular, due diligence investigations are aimed at assessing the risk of irregularities (including crimes) in the corporation's operations and evaluating the compliance system already in place. Due diligence investigations can therefore be considered a tool that allows the corporation to detect those elements that may cause irregularities at early stages. Due diligence investigations should be conducted periodically and also every time there is a change in the regulatory environment in which the corporation operates. This type of monitoring of the proper functioning of a corporation is usually optional. The obligation to conduct it, however, may arise from legislation which clearly forces corporations to take care of the integrity of their own procedures.

The second group of internal investigations are those carried out to obtain evidence for the company's defense in proceedings that have already been initiated, regardless of the liability regime (civil, tax, administrative, or criminal proceedings). This process is aimed to establish

Era. *The Business Lawyer*. vol. 62. n. 1. pp. 55-88, 2006.

¹⁸ STEWART, David Overlock. Basics of Criminal Liability for Corporations and Their Officials and Use of Compliance Programs and Internal Investigations. *Public Contract Law Journal*. vol. 22, p. 94. 1992; see also JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol. 7, n. 2, pp. 1453-1508, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

¹⁹ MICHELS, Kevin H. Internal Corporate Investigations and the Truth. *Seton Hall Law Review*. vol. 40, pp. 84-89. 2010, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1481412>.

facts and sources of evidence in proceedings initiated by or pending against the corporation. It can also be used to obtain the information necessary to provide sound legal advice. This type of internal investigations is hereinafter referred to hereafter as counseling investigations²⁰.

Counseling investigations are used by corporations to obtain information that is useful for defending their interests in proceedings that are already underway. Internal investigations in this area serve the purpose of obtaining the maximum amount of data to defend against allegations formulated against corporations, which may give rise to their legal liability or form the basis of the corporations' claims against other entities. The proper conduct of this process is sometimes important not only in criminal cases, but also in civil proceedings. By way of example, in the Polish legal system, in civil proceedings, the plaintiff (possibly a corporation) is obliged to cite all claims and evidence in the lawsuit, and the defendant is obliged to do so in the response to the lawsuit²¹. As a rule, any claims and evidence that are relied on at later stages are disregarded. a properly conducted counseling investigation then serves to establish and evaluate all the circumstances that may affect the corporation's legal position in the trial and to determine all the claims that the corporation should raise in the trial (or to which it should refer in the trial) and the evidence to support them. Establishing these circumstances in cases involving criminal proceedings to which the corporation is a party is, of course, no less important. In the case of criminal proceedings relating to crimes committed against a corporation, the corporation should establish all the circumstances related to the perpetration of the crimes and determine the nature and extent of the damage so as to be able to effectively seek redress. In the case of criminal proceedings against a corporation, an internal investigation serves to weaken the asymmetry of information

²⁰ MICHELS [2010], p. 89..

²¹ It should be added that in a situation where a party fails to provide evidence within the time limit specified by the court, any evidence provided later is subject to dismissal, unless the party demonstrates that it is plausible that it could not be provided earlier or that the need to provide it arose later. In such a case, further claims and evidence in support thereof should be presented within two weeks from the date on which their presentation became possible or the need to prove them arose (Article 458⁵ of the Code of Civil Procedure).

between procedural authorities and the corporation's managers. In the case of criminal proceedings against individuals, it is those individuals who know best whether they have committed a crime, whether they have an alibi, and whether they have concealed evidence unfavorable to themselves. The accused persons usually have full knowledge of their own behavior. In the case of criminal proceedings against corporations, sometimes the corporations' managers have either no knowledge of the criminal behavior (e.g. when the proceedings concern the behavior of a company's previous managers) or their knowledge is fragmentary. In such a situation a properly conducted internal investigation may be the only tool for the current management of the corporation to find out the relevant circumstances of the case. Knowledge of such circumstances is necessary to provide the corporation with a fair defense strategy in eventual proceedings against the company. Therefore, it should be considered that ascertaining such circumstances (and thus conducting an internal investigation) can be seen in the category of exercising due diligence by a manager obliged to care for the welfare of the corporation.

The third type of internal investigations are those aimed at identifying and stopping ongoing violations or establishing (or confirming) that irregularities have occurred in the past. Such investigations are initiated when a corporation has become aware of internal wrongdoings of its employees or managers (e.g. as a result of whistleblowing, third-party complaints, or media information) and is taking steps to verify this information²². This type of internal investigations, which Michels refers to as reliance and duty investigations²³, is the main focus of this paper. Reliance and duty investigations are initiated when there is reasonable suspicion that irregularities have occurred within a corporation. Importantly, they are conducted in secret, without the knowledge of and in isolation from any activities carried out by authorities. As a rule, despite, for example, the suspicion that a crime has been committed, internal investigations of this type are conducted without notifying law enforcement authorities. In Poland, corporations - like individuals - do not,

²² MICHELS [2010], p. 89.

²³ MICHELS [2010], p. 89.

as a rule, have a legal obligation to report a crime²⁴. If it is determined that a crime has been committed inside a corporation, the decision to disclose this information and notify procedural authorities rests with the corporation's management. At first glance, therefore, it may seem that such an internal investigation - regardless of the outcome - is a win-win situation. If an internal investigation does not provide materials to confirm irregularities, this is a good outcome, as no crime has been committed and the company faces no risk of legal liability. If an internal investigation proves that a crime has been committed, then the corporation's managers are able to keep this information to themselves. Of course, this is not very simple.

Petter Gottschalk points out that typical elements of an internal investigation include extraordinary examination of suspicions of misconduct and crime with goal-oriented data collection based on a mandate defined by and with the client. At the same time, the purpose of such an investigation is to clarify facts, analyze events, identify reasons for incidents, and evaluate system failure and personal misconduct²⁵. In one of his works, Gottschalk also points out the different levels of private internal investigations, which include "activity investigation," "problem investigation," "evidence investigation," and "value investigation."²⁶ These levels represent the successive stages of maturity of an internal investigation. An activity investigation is focused exclusively on activities that may have been performed in a reprehensible way (answering the question: What happened?) and the next level, problem investigation, is focused on problems and issues that must be solved and clarified

²⁴ According to Article 304 of the Polish Code of Criminal Procedure, anyone who has learned that a crime prosecuted ex officio has been committed has only a social obligation to notify a public prosecutor or the Police. It is only punishable to fail to report a crime included in an exhaustive list of criminal offenses that are not typical corporate crimes (including, but not limited to, crimes against life and health, and crimes against sexual freedom and morality – as provided for in Article 240 of the Polish Criminal Code).

²⁵ GOTTSCHALK, Petter; CHAMBERLAIN, John Martyn. Limits to private internal investigations of white-collar crime suspicions: The case of Scandinavian bank Nordea in tax havens. *Cogent Social Sciences*, vol. 2, no. 1, p. 4. 2016, <https://doi.org/10.1080/23311886.2016.1254839>.

²⁶ GOTTSCHALK, Petter. Maturity levels for private internal investigations. *International Journal of Police Science & Management*. vol. 19, no. 4, pp. 285-293. 2017, <https://doi.org/10.1177/1461355717733139>.

(answering the question: How did it happen?). The latter model does not merely seek information about the irregularities that have occurred, but also seeks to answer the question of what has caused them. The evidence investigation level refers to internal investigations that are focused on revealing something that is kept hidden, and therefore on uncovering a kind of corporation's secret mentioned earlier. Gottschalk points out that in this model, "Examiners choose their tactics to ensure success in the disclosure of any possible misconduct and white-collar crime. They are looking for the unknown." The additional goal is to answer the question of why did wrongdoings occur. The last level, value investigation, is focused "on the value for the client being created by the investigation" and its purpose is "to create something that is of value to the client; it may be valuable new knowledge, the settling of disagreements about past events, external opinions, and input to change management processes." Notwithstanding the above, each level of internal investigation results in a "product" - usually a report or a memorandum - which can serve as a source of evidence in future criminal proceedings.

A report resulting from an internal investigation should include, at a minimum, a presentation of the scope of the investigation, the established chronology of events, the methodology adopted for the examination, the collection of documents, data, and other information on which the report's assertions were based, as well as recommendations for the corporation's further conduct. Providing the above scope of reliable information to a corporation's managers is one of the obvious functions of internal investigations. An internal investigation may or may not lead to the initiation of a criminal trial. One of the differences between a private internal investigation and a police investigation is the fact that the goal of the former is more often to evaluate potential for economic crime to occur and to get rid of the issue internally rather than through the involvement of the police²⁷.

This paper focuses on the general usefulness of internal investigations and the admissibility of the use of the information collected therein in a criminal trial. Notwithstanding the above, it should be pointed out - to summarize the general considerations so far - that a corporation

²⁷ GOTTSCHALK, CHAMBERLAIN [2016], p. 4.

may assume several distinct roles in criminal proceedings. The corporation may act in criminal proceedings as the so-called active party - primarily as a victim (in pre-trial proceedings) or a subsidiary prosecutor (in the court proceedings). The corporation may also act in criminal proceedings as the so-called passive party - the defendant. In this area, Polish legal system recognizes the *quasi*-criminal liability of corporations exercised under the provisions of the Act of 28 October 2002 on the liability of collective entities for acts prohibited under penalty. Then such a corporation would be a "collective entity subject to liability". Of course, depending on the role of the corporation, the functions of such internal investigation will vary. Where the corporation acts as the active party - the key will be to establish the circumstances of the case primarily in order to defend the interests of the corporation understood, inter alia, as the need to redress the damage caused to it. Where the corporation acts as the passive party - the aim will be to prepare a solid line of defense for the collective entity against prosecution and retributive liability. Notwithstanding the relevance of these separate perspectives, in the following section we will refer primarily to the problems associated with the use of information from private internal investigation in criminal proceedings.

III. INTERNAL INVESTIGATION RUN IN THE FAMILY VERSUS EXTERNAL PRIVATE INVESTIGATORS

It is not only a corporation's decision in the initiation of an internal investigation and on its scope that is important, but also the determination of the procedure for conducting the internal investigation, i.e. its initiation, the scope of the actions taken by the relevant persons within the corporation, its duration, and the selection of the person or team to conduct the investigation. In the case of the first two types of internal investigations (due diligence investigation and counseling investigation), this is clearly important (the team should be composed of professionals in the respective fields), but this choice has much more far-reaching consequences in the case of reliance and duty investigations.

A team conducting an internal investigation of this type should have knowledge, experience, and expertise related to the irregularities the suspicion of the existence of which provided the grounds for the initiation

of the investigation. Corporations have two basic dilemmas to resolve in this regard. First, should the internal investigation be conducted by people from within the corporation or by an independent external expert? Second, what type of expert should conduct an internal investigation?

There are many advantages of reliance and duty investigations conducted by the corporation itself and by people from within the corporation. Such investigations (referred to as internal investigations run in the family) can theoretically be carried out, for example, by people from the compliance or legal departments. Such people, at least at the beginning of the investigation, have more knowledge of the corporation and the processes operating within it than an outside expert. At the same time, running internal investigations by people from inside a corporation allows more of the knowledge of potential irregularities to be kept just inside the corporation. People within a corporation also have “insider knowledge” of individual employees’ personal relationships, their possible friendships or conflicts, mutual conflicts of interest, and financial dependencies of one department on another. This knowledge is difficult for an outside expert to acquire quickly. Also, people from inside a corporation are often more trusted by employees, which can sometimes make it easier to question employees about circumstances that are important for the findings of an internal investigation. Finally, it can be argued, not unreasonably, that an internal investigation conducted by people from within a corporation is less expensive than one conducted by external experts, such as a law firm or external auditors.

A presentation of the disadvantages of an internal investigation conducted by people from inside the corporation can begin by reversing the last argument. Internal investigations conducted by people from within a corporation who normally do not run such audits (which, after all, are incidental, not permanent or periodic) make it necessary for these people to be moved away from their regular tasks in the corporation. During an internal investigation, a corporation’s lawyer is not able to spend as much time reviewing the corporation’s contracts. An accountant is unable not spend as much time keeping the corporation’s books. The IT specialist is not able to handle employees’ inquiries related to the day-to-day operation of the corporation. In fact, having these people conduct internal investigations means “shifting their work” and not

doing their actual work, which constitutes a cost to the corporation. At the same time, it is clear that these people, as a rule, are not specialized in conducting internal investigations. Since this is a “side job” or an “accidental job” for them, it is clear that they are unable to carry out the process as professionally as an external expert in the field.

Similarly, the fact that people inside a corporation know the corporation itself and its employees well can also be a disadvantage. Those inside a corporation may be prejudiced in their opinion about the events taking place within it. Of course, they may know better the relationships between individuals, but they are also themselves involved in those relationships. Such persons may have to conduct internal investigations into suspected wrongdoing by either their colleagues or persons to whom they owe a favor, which constitutes an obvious conflict of interest. A similar conflict arises in the opposite situation, where such a person conducts an internal investigation concerning, for example, another employee with whom the investigator has a personal dispute. From this perspective, hiring an outside expert is advantageous because it helps avoid conflicts of interest.

An obvious conflict of interest is a situation where a person inside a corporation is appointed to run an internal investigation of irregularities in which he or she was involved. After all, at the beginning of an investigation, it is often impossible to identify all those involved in irregularities. A conflict of interest can also become apparent if the internal investigation team makes findings concerning irregularities involving their superiors, such as members of a company’s management board. All these conflicts can be resolved by appointing an external expert to conduct an internal investigation.

One of the advantages of appointing an external expert is the ability to choose a professional in the specific field affected by the potential irregularity, who also specializes in conducting internal investigations. In Poland - as in many jurisdictions - there are no substantive regulations in place governing who can conduct internal investigations. In this regard, it seems that lawyers, accountants, and tax consultants are most often hired, but also private detectives and IT specialists. It seems that in recent years the role of the latter in particular - Forensic IT specialists - has been growing, as complex internal investigations generally require the analysis

of a large amount of documentation or correspondence, the automation of which significantly speeds up the process while lowering its costs.

In the case of the reliance and duty investigations, however, the first choice seems to be lawyers. On the one hand, the recommendation to conduct an internal investigation often comes precisely from a law firm and is made in the course of provision of other legal advice²⁸. On the other hand, entrusting an internal investigation to an attorney allows the corporation to enjoy the special protection of the results of this cooperation characteristic of the legal profession, i.e. the attorney-client privilege²⁹. An internal investigation conducted by an attorney increases the secrecy of the process in the corporation's view³⁰. Moreover, the doctrine points out that the use of a lawyer for this purpose is also supported by the fact that "on a practical level, lawyers are accustomed to the investigative process, interviewing witnesses and reviewing documents to piece together a picture of what really happened" and that "lawyers also will be more aware of the company's potential areas of liability, and are less likely to miss a subject of concern."³¹ For this reason, even in cases where an internal investigation has not been commissioned to lawyers, the doctrine indicates that the process should be supervised by a lawyer to some extent^{32,33}. It is the work of lawyers - fraud examiners and the possibility of using the results of their work in criminal proceedings that is the main

²⁸ DUGGIN, Sarah Helene. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. *Columbia Business Law Review*. no. 3, p. 863. 2003.

²⁹ MULROY, Thomas R.; THESING JR. Joseph W. Confidentiality Concerns in Internal Corporate Investigations. *Tort & Insurance Law Journal*. vol. 25, no. 1, p. 49. 1989-1990.

³⁰ CIOPEC, Flaviu. New Trends in Addressing Corporate Crimes: Internal Investigations. *Journal of Eastern-European Criminal Law*. no. 2, p. 59. 2019.

³¹ STEWART, David Overlock. Basics of Criminal Liability for Corporations and Their Officials and Use of Compliance Programs and Internal Investigations. *Public Contract Law Journal*. vol. 22, p. 94. 1992.

³² BENNETT, Robert S.; KRIEGEL, Alan; RAUH Carl S., WALKER Charles F. Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era. *The Business Lawyer*. vol. 62. n. 1. p. 62. 2006.

³³ DERVAN, Lucian E. International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations, *Fordham Urban Law Journal*. vol. 39, no. 2, pp. 367-368. 2011.

focus of this paper. It should be added that in common law the attorney-client privilege is considered “the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law.”³⁴ The importance of the attorney-client privilege is also emphasized and reflected in legislation in countries where the continental legal system prevails. Despite the important social function of internal investigations, in many jurisdictions they exist without any regulation in law³⁵. This is also true of Poland. The lack of regulation of internal investigations also creates problems from an attorney-client privilege perspective, which is discussed later in this paper.

IV. LEGAL LIMITS OF INTERNAL INVESTIGATIONS IN POLAND

Currently, with the exception of selected sectors, there is no legal basis in Polish law for conducting internal investigations in companies. As a result, internal investigations conducted in Poland are frequently based on models and guidelines from foreign companies. In the banking sector, Article 9 of the Banking Law explicitly stipulates that banks are required to have internal control systems. The requirements for an internal control system are specified in Recommendation H issued by the Polish Financial Supervision Authority (KNF) on April 25, 2017. The recommendation is a set of good practices that indicate the KNF’s expectation for banks to act in accordance with the regulations on the principles of operation of an internal control system. However, one may attempt to find the legal basis for conducting internal investigations in other sectors in the provisions of the Code of Commercial Companies (CCC). Of key importance to companies that operate in the form of a joint-stock company is Article 368 (1) of the CCC, which provides the management board, on the basis of its management powers, may decide on the establishment of an internal compliance function, organization, and program. The supervisory board, on the other hand, is charged with

³⁴ MULROY, Thomas; R. MUNOZ Eric J. The Internal Corporate Investigations. *DePaul Business & Commercial Law Journal*. vol. 1, pp. 49-84, p. 50. 2002; <https://via.library.depaul.edu/bclj/vol1/iss1/3>.

³⁵ GREEN, Bruce A.; PROGDOR, Ellen S. Unregulated Corporate Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents. *Boston College Law Review*. vol. 54, pp. 73-74. 2013.

overseeing the corporate compliance activity of the company within the framework of the powers vested in it by Article 382 (2) of the CCC. In principle, for example, the members of the company's management board or supervisory board may carry out such investigations as part of their own obligation to deal with the company's business activities.

In the Polish legal system, the limits of activities in internal investigations are defined not only by internal acts, but also by the Constitution of the Republic of Poland and the Labor Code. Evidence in internal investigations, defined as any source of knowledge of facts relevant to the resolution of the case under consideration, should be obtained in compliance with the law. The basic legal act in this regard is the Labor Code, which in Article 11¹ imposes an obligation on the employer to respect the dignity and other personal rights of employees. The purpose of this provision is to oblige employers to respect the dignity of their employee. The Labor Code does not define the concept of employee dignity. In linguistic terms, dignity is understood as a sense of self-worth or self-respect. The dignity of an employee, as defined by the Labor Code, boils down to the dignity of every individual, as referred to in Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland, i.e. the inherent and inalienable dignity of the human being, which is the source of human and civil liberties and rights³⁶. Respecting the dignity of an employee should be understood as not doing anything that would harm his or her dignity. Employers must not take advantage of their relative strength in the labor market or cause employees to lose their self-esteem and accept degrading treatment. Therefore, ongoing internal investigations may not be used to harass employees. The Labor Code does not allow

³⁶ For information about human dignity in Poland, see: SONIEWICKA, Marta; HOLOCHER, Justyna. Human Dignity in Poland, in Handbook of Human Dignity in Europe. In: BECCHI, Paolo; MATHIS, Klaus. Handbook of Human Dignity in Europe. Springer: International Publishing, 2019, doi:10.1007/978-3-319-27830-8_32-1, pp. 697-718, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3464705>; BUTRYNOWICZ, Magdalena. Human Dignity in Law – A Case Study of the Polish Legal System, *The Person and the Challenges*. vol. 6, n. 2, pp. 87–96. 2016, doi: <http://dx.doi.org/10.15633/pch.1894>; CHORAŻEWSKA, Anna. Human dignity as a source, foundation, and principle of the constitutional order in the state of law. *Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*. vol. 26, n. 3, pp. 10-16. 2022, doi:10.19192/wsfip.sj3.2022.

internal investigations that consist in persistent and prolonged harassment and intimidation of employees, causing them to have a low opinion of their professional suitability, as well as in humiliating or ridiculing employees, isolating them, or eliminating them from worker teams. Such internal investigations would in fact be a form of mobbing, which is prohibited in the Labor Code³⁷. Such a situation could occur if a new internal investigation is initiated with respect to the same employees based on the same information, after a previous investigation has been completed. Also, if an internal investigation team repeatedly “interrogates” employees to get information on the same facts, this could be considered as harassment of employees. Such situations can violate employees’ self-esteem, make them look bad, put their abilities in question, and reduce their commitment to the company.

Article 11¹ of the Labor Code, in addition to “dignity,” also protects the “personal rights” of employees. Since the concept of “personal rights” has not been clarified by the provisions of the Labor Code, in defining this concept, we apply the provisions of the Civil Code. Personal rights are indicated in Article 23 of the Civil Code and include, in particular, health, freedom, honor, freedom of conscience, last name or alias, image, secrecy of correspondence, inviolability of the dwelling, and scientific, artistic, inventive, and rationalization creativity. From the perspective of an internal investigation, respect for employee privacy and mail control are of particular importance. As early as the 1970s, the Supreme Court in Poland ruled that searches of staff members to prevent carrying the company’s property outside of the workplace, as used within the framework of company regulations, are lawful and do not violate the personal rights of employees when employees have been warned of the possibility of application of such checks to protect property³⁸. Nowadays, employers’

³⁷ Article 94³ of the Labor Code stipulates that employers are obliged to counteract mobbing, i.e. such actions concerning employees or directed against employees that consist in persistent and prolonged harassment or intimidation of employees, causing employees’ undervaluation of their own professional suitability, causing or aimed at causing humiliation, or ridiculing employees, isolating them, or eliminating them from worker teams.

³⁸ Judgment of the Supreme Court of April 13, 1972, I PR 153/72, OSNC 1972/10, item 184; LACH, Arkadiusz. Monitorowanie pracownika w miejscu pracy [Monitoring of employees at workplaces]. *Monitor Prawa Pracy*. vol. 10,

general right to control their employees arises directly from Article 22 of the Polish Labor Code, which imposes an obligation on employees to perform work of a certain type under the direction of their employers.

However, in the digital age, workplace monitoring has emerged, which is of particular significance. Undoubtedly, such actions by employers constitute an interference with protected personal rights, in particular employees' right to privacy. Therefore, the Polish legislature found it necessary in 2018 to regulate this issue in detail in the Labor Code. *De lege lata*, the legal forms of permissibility and scope of the use of monitoring in the workplace and monitoring of employees' electronic mail are regulated in Articles 22² and 22³ of the Polish Labor Code, respectively. According to Article 22² (1) of the Polish Labor Code, monitoring is allowed if it is necessary to ensure the safety of employees, the protection of property, or the control of production, or to maintain the secrecy of information, the disclosure of which could expose the employer to harm. The catalog of permissible purposes for the use of video surveillance in relation to employees indicated in that article is exhaustive. Consequently, employers are not allowed to use the surveillance for purposes other than those specified in the law. On the other hand, reference to the criterion of necessity means that it is the employer who has to demonstrate that the objectives indicated above cannot be achieved in any other way than through the chosen form of employee monitoring³⁹. The circumstances relevant to this assessment are the type of work, its nature, and the position held by the employee.

The provision of Article 22² (1) of the Polish Labor Code refers exclusively to control conducted using technical means for video recording. Thus, the control in question is video surveillance, usually implemented with cameras. It can take different forms. In this regard, the doctrine

p. 264. 2004; LACH, Arkadiusz. Monitorowanie pracownika po nowelizacji kodeksu pracy [Monitoring at work after amendment of the Labour Code]. *Monitor Prawniczy*. vol. 18, pp. 969-974, 2018 doi: 10.32027/MOP.18.18.1; KUBA, Magdalena. Prawne formy kontroli pracownika w miejscu pracy, Warszawa 2014, passim.

³⁹ JAŚKOWIAK, Kazimierza. Labor Code. A commentary to Article 22² of the Labor Code. In: JAŚKOWIAK, Kazimierza; MANIEWSKA, Eliza. Kodeks pracy. Komentarz [Labor Code. A commentary], Warszawa: WoltersKluwer online.

distinguishes between continuous (systematic) and short-term (incidental, sporadic) monitoring, as well as overt and covert monitoring⁴⁰. Employers may process the video recordings only for the purposes for which they were collected and may store them for a period not exceeding 3 months from the date of their recording. If the video recordings constitute evidence in proceedings conducted pursuant to law or the employer has obtained information that they may constitute evidence in criminal, civil, or other proceedings, the 3-month period is extended until the proceedings have become final.

The use of video recordings in internal investigations is permitted under Polish law for a period of 3 months from the date of recording. This period is extended if, in the opinion of the employer, the recording can serve in legal proceedings (including criminal proceedings) or has been used as evidence in such proceedings. Should the latter situation arise, according to Article 22² (5) of the Labor Code, video recordings containing personal data must be destroyed after a period of 3 months after the final conclusion of the proceedings and video recordings obtained as a result of video surveillance containing personal data must be destroyed, unless otherwise provided by separate regulations.

It should be added that the provisions of the Labor Code exclude monitoring of premises provided to the company's trade union organization. In addition, monitoring must not cover sanitary facilities, locker rooms, canteens, and smoking rooms, unless the use of monitoring in these rooms is necessary to achieve the purpose set forth in Article 22² (1) of the Labor Code and does not violate the dignity and other personal rights of employees, in particular by using techniques that make it impossible to recognize the persons present in these rooms. Moreover, the monitoring of sanitary facilities requires the prior approval of the company's trade union organization, and if there is no trade union organization in the employer's company, the prior approval of employee representatives elected in accordance with the procedure adopted by the employer.

⁴⁰ KUBA, Magdalena. Labor Code. A commentary to Article 22² of the Labor Code. In: BARAN, Krzysztof (ed.). Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93 [Labor Code. A commentary. Volume I. Articles 1-93], Warszawa: WoltersKluwer 2022.

The Labor Code also introduces other guarantees to employees that must not be violated in connection with monitoring. Employers are obliged to inform employees about the introduction of monitoring, in the manner adopted by the specific employers, no later than 2 weeks before the monitoring is launched. Such notification must therefore precede the introduction of monitoring. Before an employee is subject to monitoring, he or she must be notified that video surveillance with cameras is to be implemented. In addition, in the case of new employees, employers must provide them with written information on the purpose, scope, and method of application of monitoring (Article 22² (8) of the Labor Code) before allowing the employees to work.

As part of an internal investigation, it is also possible to use information from employee email monitoring. It should be noted that, being a type of control of employees by their employers, monitoring must take into account the need to respect the personal rights of employees⁴¹. Freedom of communication is a part of the right to privacy, constituting a personal freedom that may be subject to restrictions under the conditions set forth in Article 31(3) of the Constitution⁴². In turn, according to Article 49 of the Polish Constitution, “*The freedom and privacy of communication shall be ensured. Any limitations thereon may be imposed only in cases and in a manner specified by statute.*” The introduction of monitoring of employees’ electronic mail must be in compliance with the aforementioned regulations, as well as with the jurisprudential standard of the European Court of Human Rights set forth in Article 8 of the ECHR⁴³. In order

⁴¹ See: ECtHR judgement of 28 November 2017 in the case *Antović and Mirković v. Montenegro*, application no. 70838/13, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178904>; ECtHR judgement of 3 April 2007 in the case *Copland v. the United Kingdom*, application no. 62617/00, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996>.

⁴² This regulation provides that “Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.”

⁴³ Among others, in the judgment in the case *Bărbulescu v. Romania* (ECtHR judgement of September 5, 2017, application no. 61496/08, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082>), the Court stated that before an employer

to satisfy these requirements, the Polish legal system has explicitly adopted a legal basis for the employer to exercise control in the area of business communications. Article 22³ of the Labor Code, enacted in 2018, indicates that control of an employee's business mail may be introduced if it is necessary: a) to ensure a work organization that allows the full use of the working time and b) for the proper use of the work tools provided to the employee. Basic examples of purposes for the use of email monitoring are to distribute work evenly among employees, to control the completed tasks assigned to individual employees, and to control whether an employee uses company hardware and software only for purposes related to the company's business. Although the above purposes of monitoring employees' business email are objectively legitimate, one can have doubts as to whether they are the most relevant in the context of the risks associated with employees' use of business email. Some representatives of the doctrine point out that they do not include, for example, the duty to keep secret information that, if disclosed, could expose the employer to harm⁴⁴. This view cannot be accepted. When referring to the need to determine the proper use of the work tools provided to employees (e.g. laptop computers), employers may check their employees' business email when they suspect that the employees send confidential information to unauthorized parties. This is because monitoring of employees' email will help identify those employees who send company data to unknown email addresses and thus reveal company secrets to the detriment of their employers. When introducing this form of monitoring, employers are obliged to inform their employees in the

decides to use email monitoring in the workplace, it must inform the employee. A similar conclusion was reached by the ECtHR in its judgment in the case *Copland v. the United Kingdom* (ECtHR judgement of April 3, 2007 in application no. 62617/00, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-79996>), which indicated that the collection and storage of information of a personal nature concerning a person's telephone and email, as well as Internet use, carried out without the applicant's knowledge, amounted to an interference with the right to respect for private life and correspondence within the meaning of Article 8 of the ECHR.

⁴⁴ KUBA, Magdalena. Labor Code. A commentary to Article 22³ of the Labor Code. In: BARAN, Krzysztof (ed.). Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93 [Labor Code. A commentary. Volume I. Articles 1-93], Warszawa: WoltersKluwer 2022.

manner adopted by the employers, 2 weeks before employees' business email monitoring is launched, while newly hired employees must be provided with written information on the objectives, scope and manner of application of monitoring, before they are allowed to work.

This demonstrates that a compliance officer conducting an internal investigation may inspect an employee's business email if such an inspection is permitted in the company and if employees have been informed of the possibility of such an inspection. The compliance officer can conduct this activity himself or herself, or can request the IT department to conduct the monitoring. It is also possible to use "external" specialists if necessary. In such a case, any "external" person being a member of a team conducting an internal investigation should be obliged to keep confidential any information obtained in the course of his or her support for the investigation⁴⁵.

The duty of secrecy of correspondence in business relations raises some concern. The prohibition to violate the secrecy of correspondence applies primarily to private correspondence sent from business email accounts. This prohibition means that if an employer were to find an employee's private correspondence in the employee's mailbox, the employer may not read it in its entirety. The prohibition for the employer to violate the secrecy of correspondence applies even if an internal act prohibits the use of business email for private purposes and the employee has not complied with it. This restriction applies in the context of internal investigations. Even if an employee uses business equipment for private purposes without the employer's consent, the employer should not use the knowledge obtained by analyzing the contents of such equipment, unless the disclosed content proves a violation of employee's duties, e.g. unauthorized transfer of information. It should be noted that an employer may at any time require an employee to make the employee's business equipment (e.g. a laptop, a smartphone, etc.) available. These devices are the property of the employer and therefore the employer has the right to review their contents and check how they are used by the employee. A refusal to hand over business equipment that is the property of the employer may even constitute the

⁴⁵ TOKARCZYK, Damian. *Whistleblowing i wewnętrzne postępowania wyjaśniające*, Warszawa: WoltersKluwer 2020, p. 62.

crime of misappropriation (Article 284 (2) of the Polish Criminal Code⁴⁶). The situation is different when it comes to use by employees of private equipment for business purposes. If such a situation arises, although it should not, the employer (including the *compliance officer*) is not authorized to monitor or check the employee's private devices⁴⁷.

Last but not least, it is necessary to refer to the possibility of the so-called questioning of employees by a compliance officer. Pursuant to Article 100 (2) (4) of the Labor Code, the employer (and, under his authority, the compliance officer) may demand that employees provide information and explanations, regardless of the extent of their potential involvement in an irregularity. This provision formulates the employee's duty of loyalty to the employer, in particular the duty to keep confidential information that, if disclosed, could expose the employer to harm. From its content, it is possible to derive the employee's obligation to participate in questioning conducted as part of internal investigations. An employee often has to make a difficult choice: to answer questions during an internal investigation and risk facing consequences for the irregularities reported, or to use his or her right to remain silent, which can also result in a penalty for not contributing to the investigation. Recognizing that Article 100 (2) (4) of the Labor Code is of a general nature, we are of the opinion that the procedures defining internal proceedings in each case should specify the rules for employee participation in the interview⁴⁸. When a company has defined an obligation for an employee to participate in a questioning conducted as part of an internal investigation, this means that refusing to cooperate in the clarification of the circumstances related

⁴⁶ According to Article 284 (2) of the Polish Criminal Code, anyone who appropriates movable property that has been entrusted to him or her shall be liable to imprisonment for a term going between 3 months and 5 years.

⁴⁷ With the reservations specified by TOKARCZYK, Damian. *Whistleblowing i wewnętrzne postępowania wyjaśniające*, Warszawa: WoltersKluwer 2020, p. 62.

⁴⁸ The need for this is justified by the fact that the findings from corporate investigations may serve as factual evidence in subsequent legal hearings before the courts regarding either criminal proceedings or related economic claims. If the corporate investigations do not recognize or grant witnesses the right to exercise the privilege against self-incrimination, then there is a risk that the findings of that investigation may either be challenged or be found to be incomplete or potentially materially incorrect.

to a notification may constitute a violation of employee duties. Such behavior by an employee may, depending on the circumstances, justify the imposition of a penalty on the employee or even the termination of his or her employment contract. This does not mean that the employee is obliged to provide evidence that would incriminate himself or herself. Any person, including an employee, has the right to defense. This means that an employer may not force an employee to provide evidence against himself or herself or explanations to his or her detriment. The same principle should be applied to the employees relatives. They are protected by the principle of *nemo se ipsum accusare tenetur*, which introduces freedom from providing evidence against oneself⁴⁹. Depriving an employee of this right in an internal investigation would in fact mean that the right to remain silent in criminal proceedings is fictitious if the accused were that employee. The silence of an accused employee would be irrelevant, as the court could question the compliance officer about the information obtained from the employee during his or her questioning in the course of the internal investigation. It is also unacceptable the use of physical coercion, mental coercion, or threats to induce employees to participate in an internal questioning or to provide certain information.

V. MATERIALS OBTAINED DURING INTERNAL INVESTIGATIONS AND THE POSSIBILITY OF ITS USE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN POLAND

As discussed above, internal investigations are aimed not only at clarifying the situation, but also at gathering materials for possible legal

⁴⁹ BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence. *European Human Rights Law Review*. vol. 5, pp. 514-533. 2007; HELMHOLZ, Richard H. Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune*. *New York University Law Review*. vol. 65, pp. 962-990. 1990; SAKOWICZ, Andrzej. Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European Court of Human Rights case law. *Ius Novum*. vol. 12, n. 2, pp. 120-136, <https://doi.org/10.26399/iusnovum.v12.2.2018.19/a.sakowicz>. See also HILL Jr, Marvin F.; WRIGHT, James A. Employee Refusals to Cooperate in Internal Investigations: Into the Woods with Employers, Courts, and Labor Arbitrators. *Missouri Law Review*. vol. 56, Issue 4, pp. 899-902. 1991. Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol56/iss4/1>

proceedings. The evidence collected most commonly during internal investigations are documents, data saved on electronic data storage media (e.g. laptop computers), computer printouts, objects, video monitoring recordings, and reports from questioning of employees, witnesses, or persons suspected of involvement in irregularities. The means of obtaining such materials are not always specified in internal procedures, as is the case in proceedings before government authorities, e.g. in criminal proceedings. In these proceedings, there are specific rules that govern obtaining evidence and the possibility of using materials acquired in the course of internal investigations. In this context, the question arises of whether evidence collected during internal investigations can be used in criminal proceedings. Although the current legislation does not explicitly regulate this issue, several observations can be made on the basis of the Polish Code of Criminal Procedure (hereinafter: the CCP).

First of all, it should be pointed out that materials obtained in the course of an internal investigation can be attached to a complaint of a criminal offense. This situation occurs when a corporation, having completed an internal investigation, finds that the collected materials indicate that a crime has been committed. In general, the corporation has no legal obligation to inform procedural authorities that an offense has been committed. Only in the case of some grave felonies (such as murder, grievous bodily harm, causing a public threat, hijacking of an aircraft or vessel, unlawful detention, trafficking in human beings, hostage taking and keeping, and terrorist offenses), is there a legal obligation in Poland to report a crime. In such a situation, the further use of evidence obtained in the course of an internal investigation is at the discretion of the prosecutor conducting the pre-trial proceedings.

It is also possible that the corporation, as a legal entity, obtains the status of a litigant. In Polish criminal proceedings, the position of the aggrieved party is very strong. It can be a natural or a legal person whose legal interest has been directly infringed on or threatened by an offense (Article 49(1) of the CCP). This person may declare, by the beginning of the judicial proceedings at the main trial, that he or she will act in the capacity of the subsidiary prosecutor. The victim, by obtaining the status of a litigant, can take an active part in the course of the criminal proceedings. In particular, he or she can be present at the trial, actively

participate in it, e.g. ask questions of the defendant, the witnesses, and the experts; submit evidence in person during the trial, review the case file, file an appeal against the judgment, as well as submit motions for evidence. The latter power is of particular importance in the context of evidence obtained during an internal investigation. The subsidiary prosecutor has the initiative to present evidence, which may primarily include real evidence. At the same time, it should be noted that the Polish criminal trial, with regard to certain evidence, strictly defines the rules regarding the taking of evidence. For example, testimony provided by witnesses may only be taken by a procedural authorities, its content should be included in a report prepared by this authority conducting the proceedings, and it may not be replaced by other documents⁵⁰. Therefore, a report from the questioning of a witness in the course of an internal investigation may not be used directly. However, the report from the questioning of an employee as part of an internal investigation may justify the appointment of a compliance officer as a witness, along with an indication of the circumstances on which the witness should be questioned.

An important role in the use of information from internal investigations in criminal proceedings is played by Article 393 (3) of the CCP. This provision allows fact-finding in a criminal trial based on the so-called private evidence, which means documents, statements, or recordings made by private individuals outside criminal proceedings. Some jurisdictions, including Poland, permit evidentiary use of information, e.g., recordings, collected by private individuals with the intention of using it later in criminal proceedings. Pursuant to Article 393 (3) of the CCP, in criminal proceedings all private documents created outside criminal proceedings, in particular statements, publications, letters, and notes may be read at the trial. The phrase “outside criminal proceedings” in that article refers to the time when a given document was created. This is because the documents in questions are private documents created by the parties, not by the authority conducting the criminal proceedings, outside the formal framework of criminal

⁵⁰ The provision of Article 174 of the CPP states that evidence consisting of explanations of the accused or testimonies of a witness may not be replaced with the content of documents, notes or memoranda.

proceedings⁵¹. This can be the so-called private evidence obtained through private collection for use in criminal proceedings, such as a private written expert opinion prepared at the request of the parties, or material obtained from a detective or in the course of an internal investigation. In internal investigations, these can be, e.g., documents, data saved on electronic storage media, computer printouts, objects, video monitoring recordings, and contents of an employee's correspondence.

. Nevertheless, in the private gathering of evidence (which is, after all, the purpose of an internal investigation), a party may not use in a trial, as a private document, a recorded transcript of a person's statements in lieu of questioning of a witness by the authority conducting the proceedings, as mentioned above. On the other hand, it is possible to use notes from a private questioning to confirm or supplement explanations or testimony. In such a situation, the content of a private document is intended to establish the actual knowledge of the witness. On the other hand, a different kind of situation occurs in the event of discrepancies between the testimony of a witness and the content of a private document, in which case the private document can be read for verification.

In light of Supreme Court's jurisprudence, a "private document" can also be a recording of a conversation made, even secretly, by one of its participants. A recording of a conversation made by one of its participants (regardless of whether it was done with the knowledge and consent of the other participant) can in no way be compared to a recording made by law enforcement agencies, such as the police. With this in mind, the Supreme Court added that such a recording "should be evaluated in terms of any provocation or suggestion used in the course of the conversation by the person making the recording, and such evaluation should also take into account the state in which the interlocutor unaware of the recording

⁵¹ STEFAŃSKI, Ryszard A. A commentary to Article 393 of the Code of Criminal Procedure. In: STEFAŃSKI, Ryszard A. and ZABŁOCKI, Stanisław (eds.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III. Art. 297-424* [The Code of Criminal Procedure. A commentary. Volume III. Articles 297-424], Warszawa: WoltersKluwer 2021, pp. 964-965; WAŻNY, Andrzej. A commentary to Article 393 of the Code of Criminal Procedure. In: SAKOWICZ, Andrzej (ed.). *Kodeks postępowania karnego. [The Code of Criminal Procedure. A commentary]*, Warszawa: C. H. Beck 2023, pp. 1125-1126.

was.”⁵² A recording from an internal investigation can be used to confirm the credibility of the testimony given by a witness or another person.

In a Polish criminal trial, the subsidiary prosecutor may also use a private opinion (e.g. of an expert auditor) prepared as part of an internal investigation. A private opinion as a private document may be used in the event of a need for the court to admit an opinion of an expert witness. *De lege lata*, in the Polish criminal proceedings, a private opinion does not have the same status as an opinion of an expert witness appointed by the court. The court may not make factual findings on its basis in a scope that requires special knowledge. As indicated above - data obtained during internal investigations - may constitute relevant evidence which could serve the court to establish the material truth in the criminal proceedings. However, it should be noted that in the Polish criminal procedure the decision on admitting such evidence in criminal proceedings and “reading out” a private document belongs to the court. The Article 393(3) of the CCP introduces the court’s power to “read out” such documents, not the court’s obligation to do so. The party may only provide such document and file an evidentiary motion regarding it. If the Court decides to read out such private document at the hearing, or to disclose it without reading out (which is permissible under Article 405 (2 and 3) of the CCP) then such documents may be used as evidence in the case. However, it should not be forgotten that the court is obliged to ascertain the material truth, and the discussed ‘private document’ may be of vital importance for this purpose.

The reliability of a “private documents” may be considered as another important issue related to using such documents as an evidence in the criminal proceedings. One may argue that, for example, an expert opinion commissioned by a party may have been drawn up in a biased manner. The party paid for the document, so one can assume that the party demanded its author to prepare the document of specific content and conclusions. However, the court, after reading out such a private document, evaluates it in accordance with the Code’s principle of free appraisal of evidence - like any other evidence. In this context, the case

⁵² Decision of the Supreme Court of October 20, 2016, III KK 127/16, OSNKW 2017, vol. 2, item 10.

law emphasizes that the court shall not disregard a “private document” and mechanically, indiscriminately refuse to include it in the case file or instrumentally dismiss it as not requiring any assessment. In some cases the author of the opinion may be appointed to prepare an expert opinion commissioned by the court in the same proceedings, which will constitute separate evidence in the case⁵³.

VI. ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE IN POLAND

Polish law shapes the attorney-client privilege as follows: “An attorney is obliged to keep secret everything he has learned in connection with the provision of legal assistance.”⁵⁴ In the doctrine, it is assumed that this privilege covers information obtained by the attorney from the client, which is to remain secret from third parties, and therefore information that the lawyer has acquired in connection with the provision of legal assistance, the disclosure of which could jeopardize the client’s

⁵³ Judgment of the Court of Appeal in Wrocław of April 19, 2012., II AKA 67/12, OSAW 2013, no. 3, item 294; The “private document” even if it was prepared by an expert is not considered as an “expert opinion” within the meaning of the Code of the Criminal Procedure - as it is not the result of the court’s decision to admit such an opinion. Under Article 193 (1) of the Code of Criminal Procedure, if the establishment of circumstances vital for the solution of a case requires special knowledge, the opinion of one or more experts is requested. Any other private opinion provided by the party, and not requested by the court (or requested in the preparatory proceedings by the prosecutor) is not an expert in the case in the meaning of Article 193 (1), See Decision of the Supreme Court of June 25, 2020, V KK 631/19, LEX nr 3224943.

⁵⁴ Article 6 (1) of the Law on the Bar of May 26, 1982 (Journal of Laws no. 16, item 124, as amended). It should be pointed out that in the Republic of Poland, a defense counsel in criminal proceedings can be either an attorney or a legal counsel. The Act of May 26, 1982 on Legal Counsels (Journal of Laws no. 16, item 124, as amended) contains an analogous regulation in Article 3 (3) which provides that a legal counsel is obliged to keep secret everything he or she has learned in connection with the provision of legal assistance. The remainder of this paper will refer to attorneys, but the regulations in this area are, in principle, analogous. About attorney-client privilege in Polish law see, HRYNIEWICZ-LACH, Elżbieta. Attorney-client privilege in Polish law and legal practice – on legal gaps and some controversial matters. *ERA Forum*. vol 23, pp. 447-461. 2023, <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00741-0>

interest deserving protection⁵⁵. The attorney-client privilege covers the substantive aspects of a case, and therefore that information which is directly related to the legal assistance provided⁵⁶.

The attorney whom a corporation hires to conduct an internal investigation has an attorney-client relationship with the corporation. Legal advice related to the conduct of an internal investigation is covered by the protection provided for the attorney-client privilege. The attorney is obliged to keep secret everything that he or she has learned in connection with the internal investigation, including, in particular, information that he or she has learned in connection with the provision of legal assistance, the disclosure of which could jeopardize a legitimate interest of the client - corporation. It seems that, in this context, information obtained not only from the client (and therefore representatives of the corporation), but also from other persons, in particular persons from inside the corporation, including employees with whom the attorney has had discussions in connection with the internal investigation, should be covered by the attorney-client privilege.

⁵⁵ MATUSIAK-FRĄCCZAK, Magdalena. Ochrona poufności komunikacji klienta z adwokatem. Standardy międzynarodowe, standard Unii Europejskiej oraz standardy krajowe wybranych państw a prawo polskie [Protection of the confidentiality of the communications between the client and his attorney. International standards, the standard of the European Union, and the national standards of selected countries vs. the Polish law]. Warszawa: C. H. BECK, p. 228, 2023 and quoted there; CHOJNIAK, Łukasz. Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej a kolizja interesów adwokata i jego klienta [The obligation to maintain the attorney-client privilege and the conflict between the interests of the attorney and his or her client]. In: GIEZEK, Jacek; KARDAS, Piotr, (eds.). Etyka adwokacka a kontradiktoryjny proces karny [Attorney's ethics and the adversarial criminal process]. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, p. 282, 2015.

⁵⁶ Judgment of the Supreme Court - Criminal Chamber of December 1, 2016, SDI 65/16 OSND 2016, item 107. The cited Supreme Court thesis comes from a judgment in an attorney's disciplinary case where an attorney was accused of disclosing to a prosecutor information obtained from a client in connection with the provision of legal assistance. In that case, the Supreme Court held that attorney-client privilege does not extend to activities of a formal nature, unrelated in content to the case in which legal assistance is provided. The ruling was not made in a criminal case, however it is relevant to the scope of the attorney-client privilege and the permissible release of such information.

When applying the above in the consideration of internal investigations, it should be noted that, as a rule, the result of a completed investigation is a document (a report, a legal opinion, or a memorandum) that contains the findings, the conclusions, and often the recommendations of the expert who conducted the internal investigation. In the case of attorneys, the recommendations most often concern further legal steps related to the findings made. Such documentation is protected pursuant to the laws on the attorney-client privilege. In US legislation, the protection of such documents is known as the Work Product Doctrine, which is widely recognized as applicable to the secrecy of the outcomes of internal corporate investigations⁵⁷.

It is clear that a report containing findings on irregularities in a corporation could be a desirable evidence for procedural authorities investigating such irregularities. In Poland, procedural authorities have the authority to demand from a person who is in possession of items that may constitute evidence in a case to surrender such items. If a person refuses to voluntarily surrender an item, a seizure and search may be conducted (Article 217 of the CCP). An internal investigation report prepared by an attorney is protected as a document that is subject to the attorney-client privilege and, as such, should not be disclosed. If such a document is obtained in the course of a search of the corporation, the representative of the corporation should indicate that the document contains information covered by the attorney-client privilege. In this situation, the authority carrying out the activity immediately forwards the document without reading it to the prosecutor or the court in a sealed package to prevent unauthorized persons from learning its contents⁵⁸.

⁵⁷ MULROY, Thomas R.; THESING JR. Joseph W. Confidentiality Concerns in Internal Corporate Investigations. *Tort & Insurance Law Journal*. vol. 25, no. 1, p. 49. 1989-1990.

⁵⁸ The provision of Article 225 (3) of the Polish Code of Criminal Procedure states that if the defence counsel or other person summoned to surrender an object or whose premises were researched, declares that correspondence or other documents surrendered or found in course of the search contain information pertaining to the performance of function of the defence counsel, the agency conducting the search leaves the documents to the said person without becoming familiar with their contents or appearance. However, if such a statement made by a person who is not a defence counsel, raises doubts, the

This also applies to information saved on electronic storage media⁵⁹. The fact that such a document is handed “to the prosecutor or the court in a sealed package” rightly raises the presumption that it can be used. The CCP provides for the possibility to use such documents. It will now be discussed in the context of the second possible way of gaining knowledge about the findings of an internal investigation: questioning of the attorney.

As a rule, an attorney may not be questioned about circumstances covered by the attorney-client privilege. The provisions of the Law on the Bar cited earlier explicitly indicate that attorney may not be exempted from the obligation of professional secrecy as to the facts that he or she has learned while providing legal assistance or conducting a case. However, an opposite provision is contained in the CCP, which allows the questioning of an attorney regarding the attorney-client privilege in exceptional cases, when “it is necessary for the interests of justice and the circumstance cannot be established by other evidence.”⁶⁰ The prevailing view in the jurisprudence of the common courts of law is that the provisions of the CCP in this regard constitute *lex specialis* in relation to the provisions of the Law on the Bar and therefore they allow for the questioning of an attorney.

The decision on questioning or permission to question an attorney is decided by the court. The court’s decision may be appealed and the attorney should challenge it. The primary basis for the challenge is the

agency conducting the procedure hands these documents over to the court. The court, having acquainted itself with the documents, returns them in their entirety or in part to the person, from whom they were taken, or issues a decision that the documents be seized for the purposes of the proceedings.

⁵⁹ The ECtHR judgment of 3 September 2015 in the case *Sérvulo & Associa-dos - Sociedade de Advogados RL v. Portugal*, application no. 27013/10, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157284>.

⁶⁰ Article 180 (2) of the CCP provides that “Persons obliged to maintain the secrecy of a notary public, attorney, legal counsel, tax advisor, physician, journalist, or statistician, as well as the secrecy of the General Counsel to the Republic of Poland, may be questioned as to the facts covered by that secrecy only if it is necessary for the interests of justice, and the circumstance cannot be established by other evidence. In pre-trial proceedings, the questioning or permission for questioning shall be decided by the court, at a meeting held without the participation of the parties, within no more than 7 days from the date of service of the prosecutor’s request. The court’s decision may be appealed.”

failure to meet the premise of “necessity for the interests of justice” combined with the impossibility of establishing the circumstances in question on the basis of other evidence. It is not unreasonable to raise doubts about what should be considered “necessary for the interests of justice” in the above context. Especially since the principle of material truth is considered the guiding principle of the Polish criminal trial. Therefore, an argument about the need to establish the truth in the trial is possible, for the issuance of a verdict not based on the truth appears to be incompatible with the interests of justice. This in turn would mean that the attorney-client privilege is in fact fictitious. The Polish Constitutional Tribunal found that the allegation of indefiniteness of Article 180 (2) of the CCP is not justified, by emphasizing the precise nature - in the opinion of the Constitutional Court - of the prerequisite of indispensability of evidence, and therefore the impossibility of making specific findings with the help of other evidence⁶¹.

However, the standards for abolishing the attorney-client privilege have been partially clarified in the jurisprudence of common courts of law, according to which, among other things, exempting an attorney from the obligation to maintain the attorney-client privilege should relate to specific circumstances about which the witness is to testify and may not constitute a blanket exemption covering the attorney’s entire knowledge covered by attorney-client privilege⁶². An exemption from the attorney-client privilege may not apply to any facts that the investigators want to know, but only to facts necessary for justice while demonstrating the absence of other means of establishing evidence⁶³.

Not all internal investigations inevitably lead to a scenario in which an attorney is required to testify on specific circumstances or provide access to documents based on the premise of necessity in the interests of justice. However, even if this were permissible in the Reliance and Duty Investigations section, even there it is reasonable to point out that such

⁶¹ Judgement of the Constitutional Tribunal of 22 November 2004, SK 64/03, Dz.U. 2004 nr 255 poz. 2568.

⁶² Decision of the Court of Appeals in Cracow of 21 April 2010, II AKz 129/10, KZS 2010, Nr 5, poz. 36.

⁶³ Decision of the Court of Appeals in Cracow of January 13, 2009, II AKz 651/08, KZS 2009, no 1, item 72, Prokuratura i Prawo 2009, vol. 7-8, p. 45.

circumstances can be established by other evidence. After all, like law enforcement agencies and the court, the attorney conducting the internal investigation sees only the “reflected light” of the case and relies on evidence obtained from documents, IT data, interviews with employees, etc. In this regard, law enforcement agencies and the court adjudicating the case have much more far-reaching powers in the acquisition of evidence, so the claim of “impossibility of establishing evidence” is unfounded in many cases⁶⁴.

However, regardless of the existence of a provision in the CCP that allows questioning of an attorney on an exceptional basis on facts covered by the attorney-client privilege, that privilege gives the most extensive protection to the findings of an internal investigation from their acquisition in the process by, for example, law enforcement agencies that might in the future pursue a case concerning identified irregularities in the corporation’s operations.

In addition, it should be pointed out that the provisions of the CCP do absolutely prohibit the interrogation of an attorney acting as a defense counsel in proceedings that are already underway or providing legal assistance to a detained person (before that person becomes a suspect). This secrecy - referred to as defense secrecy - relates to the facts that the attorney learned while providing legal advice or handling the case⁶⁵. However, this secrecy does not apply in internal investigations where the attorney-client relationship is concluded between the corporation and the attorney and therefore does not apply to the legal assistance of the defense counsel provided to the person against whom criminal proceedings are being conducted.

⁶⁴ For example, an employee of a corporation who is a witness is required to provide true information and not to conceal the truth under the penalty of criminal liability for providing false testimony. In a conversation with an attorney in an internal investigation, that employee may lie or conceal the truth virtually without legal consequences.

⁶⁵ According to Article 304 of the CCP, it is not permitted to examine as a witness a defence counsel or an advocate providing legal assistance to a detainee as to the facts that he learned while giving legal advice or conducting a case.

VII. CONCLUSION

The paper presents the essence, functions, and limits of internal investigations in Poland and the use of information from private internal investigations in the Polish criminal trial. The analysis carried out proved that internal investigations can achieve various goals. On the one hand, these investigations can be an important tool for identifying potential weaknesses in internal compliance procedures and for making the system leak-proof to prevent fraud or irregularities in the corporation. On the other hand, internal investigations can serve the purpose of obtaining evidence for the purpose of filing a complaint of a criminal offense or can aim to obtain evidence for the corporation's defense in ongoing criminal or civil proceedings. Last but not least, in some situations, corporations seek to punish the perpetrators not so much out of a need for justice, but to mitigate their own potential legal liability. Regardless of the purpose of an internal investigation, any corporation that wants to use this mechanism should specify in its internal regulations the procedure and rules for conducting the investigation. In particular, it should identify the body that analyzes the information on irregularities, its composition, and the rules of appointment and the powers of its members (e.g. hearing the parties involved in the investigation and the witnesses, and the rules of collection and analysis of any evidence).

The paper points to the fact that the evidence collected most commonly during internal investigations are documents, data saved on electronic data storage media, computer printouts, objects, video monitoring recordings, and reports from questioning of employees, witnesses, or persons suspected of involvement in irregularities. The manner in which these materials are obtained must comply with the provisions of the Constitution of the Republic of Poland, the Labor Code, and other legal acts defining individual rights and freedoms. In particular, it is prohibited to conduct internal investigations to harass and intimidate employees. It is also not permissible to use video monitoring recordings or electronic mail as part of internal investigations, unless the employee concerned has been informed of the possibility of its use in the corporation. An important part of an internal investigation is the questioning of employees by a compliance officer. From to the

current provisions of the Labor Code in Poland, it is possible to derive the obligation of an employee to participate in questioning conducted in the course of internal investigations. The existence of this obligation does not mean that the employee is obliged to provide evidence that would incriminate himself or herself. Any person, including an employee, has the right to defense. An employer may not force an employee to provide evidence against himself or herself or explanations to his or her detriment. Depriving an employee of this right in an internal investigation would in fact mean that the right to remain silent in criminal proceedings is fictitious if the accused were that employee.

The analysis showed the limits of the use of materials from internal investigations in criminal proceedings in Poland. The strong position of the aggrieved party in criminal proceedings and the ability of the aggrieved party to become a litigant (i.e. the subsidiary prosecutor) allows a range of information from private internal investigations to be used in court proceedings. Usually, this information is real evidences. The situation is different in the case of a so-called private questioning. A report from questioning of an employee as part of an internal investigation may not form the basis for factual findings, but may only justify the designation of a compliance officer or a person questioned by him or her as a witness.

The analysis showed that attorneys play an important role in internal investigations. An attorney may conduct an investigation or be a member of the team conducting it. In both cases, he or she is obliged to maintain secrecy. There is no doubt that legal advice related to the conduct of an internal investigation is covered by the protection provided for the attorney-client privilege. The scope of the attorney-client privilege should cover information obtained from the client (and therefore representatives of the corporation), but also from other persons, in particular persons from inside the corporation, including employees with whom the attorney has had discussions in connection with the internal investigation. At the same time, for the materials in question to be covered by the attorney-client privilege, it is irrelevant how they were recorded and then possibly introduced into the criminal trial. Protection is extended equally to the attorney's knowledge that he or she may present when testifying in criminal proceedings, as well as to any products of his or her work that contain this knowledge regardless of the medium (i.e. printouts,

notes, electronic documents, datasets produced in the course of the investigation, or correspondence with the attorney). The regulations allowing the abolishing of the attorney-client privilege should be treated narrowly, with the condition of “necessity for the interests of justice” approached with due caution. After all, maintaining the attorney-client privilege is also a part of the proper operation of the judiciary and the entire system of legal protection in a democratic state. A court allowing an attorney to be exempted from the attorney-client privilege should also establish without question in each case the impossibility of obtaining the information in question by means of other evidence.

REFERENCES

BENNETT, Robert S.; KRIEGEL, Alan; RAUH Carl S.; WALKER Charles F. Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era. *The Business Lawyer*. vol. 62. n. 1. pp. 55-88, 2006.

BERGER, Mark. Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence. *European Human Rights Law Review*. vol. 5, pp. 514-533. 2007.

BUTRYNOWICZ, Magdalena. Human Dignity in Law – A Case Study of the Polish Legal System, *The Person and the Challenges*. vol. 6, n. 2, pp. 87–96. 2016, <http://dx.doi.org/10.15633/pch.1894>

CHOJNIK, Łukasz. Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej a kolizja interesów adwokata i jego klienta [The obligation to maintain the attorney-client privilege and the conflict between the interests of the attorney and his or her client]. In: GIEZEK, Jacek; KARDAS, Piotr, (eds.). *Etyka adwokacka a kontradyktoryjny proces karny [Attorney’s ethics and the adversarial criminal proceedings]*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2015.

CHORAŻEWSKA, Anna. Human dignity as a source, foundation, and principle of the constitutional order in the state of law. *Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*. vol. 26, n. 3, pp. 10-16. 2022, <https://doi.org/10.19192/wsfip.sj3.2022>

CIOPEC, Flaviu. New Trends in Addressing Corporate Crimes: Internal Investigations. *Journal of Eastern-European Criminal Law*. no. 2, p. 59. 2019.

CROALL, Hazel. *Corporate Crime Vol. 1, Corporate Crime: Issues of Definition, Construction and Research*, Sage Publications, Thousand Oaks, California 2009.

DERVAN, Lucian E. International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations, *Fordham Urban Law Journal*. vol. 39, no. 2, pp. 367-368. 2011.

DRUCKER, Peter. *Post-capitalist society*. London: Butterworth-Heinemann, 1993.

DUGGIN, Sarah, H. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. *Columbia Business Law Review*, no. 3, p. 859-964, 2003

FISSE, Brent. The Duality of Corporate and Individual Criminal Liability *In: HOCHSTEDLER, Steury Ellen; ACADEMY OF CRIMINAL JUSTICE SCIENCES. (ed.). Corporations as criminals*. Beverly Hills: Sage Publications, 1984. reprint *In: CROALL, Hazel. Corporate Crime Vol. 1, Corporate Crime: Issues of Definition, Construction and Research*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2009.

GOTTSCHALK, Petter. Maturity levels for private internal investigations. *International Journal of Police Science & Management*. vol. 19, no. 4, pp. 285-293. 2017, <https://doi.org/10.1177/1461355717733139>.

GOTTSCHALK, Petter; CHAMBERLAIN, John Martyn. Limits to private internal investigations of white-collar crime suspicions: The case of Scandinavian bank Nordea in tax havens. *Cogent Social Sciences*, vol. 2, no. 1, p. 4. 2016, <https://doi.org/10.1080/23311886.2016.1254839>.

GREEN, Bruce A.; PROGDOR, Ellen S. Unregulated Corporate Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents. *Boston College Law Review*. vol. 54, pp. 73-74. 2013.

HELMHOLZ, Richard H. Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune*. *New York University Law Review*. vol. 65, pp. 962-990. 1990.

HILL Jr, Marvin F.; WRIGHT, James A. Employee Refusals to Cooperate in Internal Investigations: Into the Woods with Employers, Courts, and Labor Arbitrators. *Missouri Law Review*. vol. 56, Issue 4, pp. 899-902. 1991. Available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol56/iss4/1>.

HRYNIEWICZ-LACH, Elzbieta. Attorney-client privilege in Polish law and legal practice – on legal gaps and some controversial matters. *ERA Forum*. vol 23, pp. 447-461. 2023, <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00741-0>.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol. 7, n. 2, pp. 1453-1508, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

JAŚKOWIAK, Kazimierza. Labor Code. A commentary to Article 22² of the Labor Code. In: JAŚKOWIAK, Kazimierza; MANIEWSKA, Eliza. Kodeks pracy. Komentarz [Labor Code. A commentary], Warszawa: WoltersKluwer online.

KUBA, Magdalena. Prawne formy kontroli pracownika w miejscu pracy, Warszawa 2014, passim.

LACH, Arkadiusz. Monitorowanie pracownika w miejscu pracy [Monitoring of employees at workplaces]. *Monitor Prawa Pracy*. vol. 10, p. 264. 2004;

LACH, Arkadiusz. Monitorowanie pracownika po nowelizacji kodeksu pracy [Monitoring at work after amendment of the Labour Code]. *Monitor Prawniczy*. vol. 18, pp. 969-974, 2018 <http://doi.org/10.32027/MOP.18.18.1>

MATUSIAK-FRĄCZAK, Magdalena. Ochrona poufności komunikacji klienta z adwokatem. Standardy międzynarodowe, standard Unii Europejskiej oraz standardy krajowe wybranych państw a prawo polskie [Protection of the confidentiality of the communications between the client and his attorney. International standards, the standard of the European Union, and the national standards of selected countries vs. the Polish law]. Warszawa: C. H. BECK, 2023

MICHELS, Kevin H. Internal Corporate Investigations and the Truth. *Seton Hall Law Review*. vol. 40, pp. 84-89. 2010, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1481412>

MULROY Thomas R.; MUNOZ Eric J., The Internal Corporate Investigations. *DePaul Business & Commercial Law Journal*. no. 1, pp. 49-84, 2002.

MULROY, Thomas R.; THESING JR. Joseph W. Confidentiality Concerns in Internal Corporate Investigations. *Tort & Insurance Law Journal*. vol. 25, no. 1, p. 49, 1989-1990.

ORLAND, Leonard. *Corporate and White Collar Crime: An Anthology*. Cincinnati Ohio: Anderson Publishing Co., 1995. 438 p.

ORLAND, Leonard. Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship. *American Criminal Law Review*. vol. 17, pp. 501-520. 1980.

CLINARD Marshall B., Yeager, Peter C., *Illegal Corporate Behavior*. (1979) reprint In: ORLAND [1995]

ROSS Irwin, How Lawless Are Big Companies?, *Fortune* 56-72 (1980) *reprint In: ORLAND* [1995]

SAKOWICZ, Andrzej. Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European Court of Human Rights case law. *Ius Novum*. vol. 12, n. 2, pp. 120-136, <https://doi.org/10.26399/iusnovum.v12.2.2018.19/a.sakowicz>

SCHRAGER, Laura Shill; SHORT, JR., James F. Toward a Sociology of Organizational Crime. *Social Problems*, vol. 25, n. 4, pp. 407-419, 1978, <https://doi.org/10.2307/800493>.

SONIEWICKA, Marta; HOLOCHER, Justyna. Human Dignity in Poland, in *Handbook of Human Dignity in Europe*. In: BECCHI, Paolo; MATHIS, Klaus. *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer: International Publishing, 2019, doi:10.1007/978-3-319-27830-8_32-1.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crime of Corporations, The Sutherland Papers 78-95 (1956)*. reprint In: ORLAND, Leonard. *Corporate and White Collar Crime: An Anthology*. Cincinnati Ohio: Anderson Publishing Co., 1995.

STEFAŃSKI, Ryszard A. A commentary to Article 393 of the Code of Criminal Procedure. In: STEFAŃSKI, Ryszard A. and ZABŁOCKI, Stanisław (eds.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III. Art. 297-424 [The Code of Criminal Procedure. A commentary. Volume III. Articles 297-424]*, Warszawa: WoltersKluwer 2021.

STEWART, David Overlock. Basics of Criminal Liability for Corporations and Their Officials and Use of Compliance Programs and Internal Investigations. *Public Contract Law Journal*. vol. 22, p. 94. 1992.

WAŻNY, Andrzej. A commentary to Article 393 of the Code of Criminal Procedure. In: SAKOWICZ, Andrzej (ed.). *Kodeks postępowania karnego. [The Code of Criminal Procedure. A commentary]*, Warszawa: C. H. Beck 2023.

TOKARCZYK, Damian. *Whistleblowing i wewnętrzne postępowania wyjaśniające*, Warszawa: WoltersKluwer, 2020.

Authorship information

Andrzej Sakowicz. Professor at the University of Bialystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law. sakowicz@uwb.edu.pl

Sebastian Zieliński. Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law. sebastian.zielinski@pw.edu.pl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Andrzej Sakowicz:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Sebastian Zieliński:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 19/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 25/03/2023
- Review 1: 04/05/2023
- Review 2: 05/05/2023
- Preliminary editorial decision: 24/05/2023
- Correction round return: 04/06/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SAKOWICZ, Andrzej; ZIELIŃSKI, Sebastian. Unlocking the mystery of internal investigation - the use of information from private internal investigations in the Polish criminal process. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 9, n. 2, p. 645-687, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.826>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


La Directiva *Whistleblowing*: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas¹

The whistleblowing Directive: a further step in the privatization of criminal proceedings. Special reference to interviews in internal investigations

Ana María Vicario Pérez²

Universidad de Burgos, Burgos, España

amvperez@ubu.es

 <https://orcid.org/0000-0002-5261-3146>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo examinar el valor de las entrevistas realizadas a los trabajadores, en el contexto de una investigación corporativa, en un posterior proceso penal. Se ofrece así un comentario analítico sobre el papel de las investigaciones internas en el fenómeno de privatización del proceso penal, abordando las previsiones que en materia de canales de denuncia e investigaciones intraempresariales ofrece la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, para tratar de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿pueden las declaraciones del trabajador en un interrogatorio interno ser constitutivas de prueba en un proceso penal seguido contra el mismo? Y es caso afirmativo, ¿vulnera el derecho a la no autoincriminación la aportación al proceso penal de declaraciones

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del plan estatal español “El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (Ref. PID2021-124027NB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 / FEDER, UE.

² Contratada Predoctoral FPU. Área de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos (España). PhD candidate.

vertidas en investigaciones intraempresariales?; ¿qué límites rigen el valor probatorio penal de las entrevistas realizadas a trabajadores en las investigaciones internas?

PALABRAS CLAVE: investigaciones internas; entrevistas; proceso penal; medio de prueba; autoincriminación.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to examine the value of employee interviews, in the context of a corporate investigation, in subsequent criminal proceedings. It thus offers an analytical commentary on the role of internal investigations in the phenomenon of privatisation of criminal proceedings, addressing the provisions on whistleblowing channels and intra-corporate investigations offered by Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, in order to answer the following question: can the statements made by an employee in an internal interrogation constitute evidence in criminal proceedings against the same employee? If so, is the right against self-incrimination violated when statements made in intra-corporate investigations are used in criminal proceedings?; what limits should govern the criminal evidentiary value of interviews with employees in internal investigations?*

KEY WORDS: *internal investigations; interviews; criminal proceedings; evidence; self-incrimination.*

INTRODUCCIÓN

Las investigaciones internas o intraempresariales como forma de conocimiento de hechos delictivos en el seno de la persona jurídica, se erigen en claro ejemplo del acuciante fenómeno de la privatización del proceso penal. En efecto, la inclusión en ordenamientos nacionales como el español de la responsabilidad penal de las entidades a consecuencia de su defecto de organización -entendido éste como el incumplimiento de los deberes empresariales de supervisión y control de los miembros de la organización-, y la colaboración con el proceso penal en cuanto que forma de atenuación o incluso exención de su responsabilidad, propicia en los entes corporativos el desarrollo de procedimientos internos de averiguación delictiva.

La aprobación de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión³, da buena muestra de cómo el reporte de hechos delictivos es un eficaz mecanismo de descubrimiento y prevención de infracciones a intereses europeos y nacionales. La Directiva carece, sin embargo, de una manifiesta ponderación entre el fin perseguido con la denuncia llevada a cabo por miembros de la organización y la salvaguarda de los derechos y garantías de los trabajadores sobre los que recaiga la investigación a que den resultado las alertas. Lo mismo acontece con el actual Proyecto de trasposición de la norma europea en España.

En este contexto, es objeto del presente trabajo el análisis de cómo los resultados de las entrevistas o interrogatorios a los trabajadores por parte del empresario como medio de prueba en la investigación interna, pueden ser aportados al proceso penal sin que ello constituya una merma del derecho de los empleados a su no autoincriminación. Con este fin, son varias las preguntas a las que trataremos de dar respuesta.

¿Cuál es el contexto en el que fue aprobada la Directiva 2019/1937? A ello dedicaremos el primer apartado de nuestro estudio, analizando la existencia de un escenario en el que tanto la Unión Europea como España apuestan por la responsabilidad de las personas jurídicas ante la comisión de hechos delictivos, al tiempo que prevén la colaboración en el proceso penal como elemento clave de eficacia de los programas de *compliance* gracias a los cuales aquéllas pueden eludir su responsabilidad. Junto con ello, nos plantearemos la siguiente cuestión ¿suponen la mencionada Directiva y su trasposición en España un impulso al desarrollo de investigaciones intraempresariales derivadas de la denuncia de infracciones por los propios miembros de la entidad?

En el segundo apartado, se abordará cómo las entrevistas o interrogatorios a los trabajadores son el medio de prueba central en las investigaciones internas y cómo su acometimiento en el marco de una relación laboral puede derivar en una autoincriminación forzada de aquéllos. Dos son las preguntas, por lo tanto, a las que trataremos de dar respuesta: ¿pueden las declaraciones del trabajador en un interrogatorio

³ DOUE n. L 305, de 26 de noviembre de 2019, pp. 17 – 56.

interno ser constitutivas de prueba en un proceso penal seguido contra el mismo? Y en su caso, ¿vulnera el derecho a la no autoincriminación del trabajador la aportación al proceso penal de declaraciones vertidas por él en investigaciones intraempresariales?

Consecuentemente, la pregunta que surge irremediabilmente es la que sigue: ¿qué límites deben regir el valor probatorio penal de las entrevistas realizadas a trabajadores en las investigaciones internas? A ello destinaremos el tercer apartado, analizando las limitaciones que la información sobre hechos delictivos obtenida por esta vía ha de presentar a la hora de ser aportada como prueba al proceso penal que se siga contra el trabajador interrogado, garantizándose con ello el cumplimiento de los artículos 24 de la Constitución Española (CE)⁴ y 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)⁵. Nos serviremos para ello de los pronunciamientos jurisprudenciales europeos y españoles en la materia.

1. LA DIRECTIVA 2019/1937 DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE COMO NORMA IMPULSORA DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS

Dedicamos el presente apartado de nuestro estudio al análisis de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Se trata de la norma europea que ha establecido la obligación para las personas jurídicas de contar en su organización con canales de denuncia que permitan a sus miembros alertar sobre posibles delitos cometidos en su ámbito de actividad. Con ello se dará lugar al desarrollo de las sucesivas investigaciones internas por parte de los *compliance officers* de cara a la efectiva averiguación delictiva.

⁴ BOE n. 311, de 29 de diciembre de 1978, ref. BOE-A-1978-31229.

⁵ BOE n. 157, de 2 de julio de 1985, ref. BOE-A-1985-12666.

1.1. CONTEXTO DE LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1937 WHISTLEBLOWING. HACIA LA PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO PENAL CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Las normas aprobadas por el legislador europeo bajo la fundamentación jurídica del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶ en aras de la aproximación legislativa de los ordenamientos penales de los Estados miembro, han propiciado la incorporación en el ordenamiento de la Unión de la responsabilidad de las personas jurídicas por los ilícitos cometidos en su seno⁷. Así y a modo de ejemplo, las Directivas promulgadas en materia de trata de seres humanos⁸, delitos informáticos⁹, abuso de mercado¹⁰ o fraude a los intereses financieros europeos¹¹, entre otras, contemplan entre sus previsiones la posible comisión de los hechos delictivos en ellas descritos por parte de las entidades.

⁶ DOUE n. C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 47 – 199. Versión consolidada.

⁷ JIMENO BULNES, Mar. Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre compliance: Su adaptación en España. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 939 – 974, esp. p. 945 – 952.

⁸ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE n. L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 – 11).

⁹ Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo (DOUE n. L 218, de 14 de agosto de 2013, pp. 8 – 14).

¹⁰ Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (DOUE n. L 173, de 12 de junio de 2014, pp. 179 – 189).

¹¹ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE n. L 198, de 28 de julio de 2017, pp. 29 – 41).

Más aún, estas mismas normas son las que configuran el régimen de autorresponsabilidad¹² que predica respecto de las personas jurídicas. Ciertamente, como resulta de la naturaleza incorpórea de los entes corporativos, su responsabilidad derivará de los delitos cometidos por parte de las personas físicas que operen en el ámbito de su estructura organizativa¹³. En este sentido, la legislación europea prevé una doble tipología¹⁴ de sujetos cuyas actuaciones en nombre y por cuenta de la persona jurídica pueden redundar en la responsabilidad de ésta: en primer lugar, los sujetos físicos que ostenten un puesto directivo, ya sea basado en un poder de representación, en la posibilidad de tomar decisiones en nombre de la entidad o en la atribución de autoridad para ejercer una función de control respecto de los demás miembros de la organización; y en segundo lugar, los sujetos físicos con condición de empleadas en la persona jurídica y que se encuentran bajo el control y supervisión de los anteriores.

Fuera quien fuese el sujeto físico del que se derive la responsabilidad (penal o administrativa) de la persona jurídica, las normas europeas y posteriormente las nacionales como la española que incorporan tal regulación (artículo 31 bis Código Penal) concretan que la actuación que aquél haya acometido ha de ser consecuencia de una deficiente vigilancia

¹² Modelo entendido como la posible atribución de responsabilidad (penal o administrativa) a la persona jurídica de forma directa e independiente de la existencia o no de culpabilidad de una concreta persona física.

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (dirs.). *Armonización penal en Europa*. Pamplona: Instituto Vasco de Administración Pública, 2013. p. 52 – 76, esp. p. 137; SÁNCHEZ GIMENO, Sergio; ESTEVE CARRASCOSA, Alba; GAY QUINZÁ, Ignasi. Régimen jurídico internacional de la responsabilidad penal de las empresas. El estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América. En GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel (dir.). *Manual práctico de compliance*. Cizur menor: Civitas, 2017. p. 67 – 93, esp. p. 75 – 76.

¹⁴ En lo que se concibe como un sistema dualista o de doble vía de imputación de la persona jurídica, URRUELA MORA, Asier. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege data. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, n. 32, p. 413-468, 2012., esp. p. 425.

o control por parte de la entidad, de forma tal que haya existido una suerte de “permisividad” propiciadora de la actuación criminal¹⁵. Así, el modelo de autorresponsabilidad de las entidades se basa en el “defecto de organización”, cuyo concepto nace en la doctrina alemana de la mano de TIEDEMANN, primer autor en correlacionar la culpabilidad de la persona jurídica con el incumplimiento por ésta de su deber de controlar las conductas desarrolladas en su seno¹⁶. De entre la doctrina española señalamos las palabras de NIETO MARTÍN, para quien “*La culpabilidad de la empresa por defecto de organización significa que en la dirección empresarial no se han cumplido eficazmente y de manera prolongada las obligaciones de autorregulación que impone el derecho administrativo o el derecho penal con el fin de evitar lesiones para los bienes jurídicos más afectados por la actividad empresarial*”¹⁷.

En este contexto, los programas de cumplimiento penal o *compliance* ocupan un papel preeminente en la observancia por parte de la entidad de sus deberes de supervisión y control, siendo que es precisamente la inexistencia de tales programas la que determina su responsabilidad por los hechos cometidos por sus miembros. Así, y en tanto en cuanto el modelo de autorresponsabilidad requiere de la comisión de un hecho propio por la entidad, es la falta de un programa de cumplimiento efectivo y eficaz lo que redunda en su propia actuación

¹⁵ A modo de ejemplo, por todas, véase el art. 5.2 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, conforme al cual, “*los Estados miembros se asegurarán asimismo de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 (en el que se hace referencia a los directivos y empleados de la organización) haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 en beneficio de la persona jurídica*”.

¹⁶ Así en la obra clásica TIEDEMANN, Klaus. Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. Disponible en <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1988%2Fcont%2Fnjw.1988.1169.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-1988-S-1169-N-1> Acceso en 26 may. 2023.

¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*. Talca, n. 5, pp. 1 – 18, 2008, esp. p. 14.

ilícita. Siguiendo a ZUGALDÍA ESPINAR, el *compliance* se define como “el protocolo o el mecanismo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en la entidad para ejercer el debido control (evitar conductas indeseables) de sus directivos y empleados, con la finalidad de aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal. (...) Con el corporate compliance, la empresa se autoimpone una serie de obligaciones para dar satisfacción a las normas”¹⁸.

Con ello no pretende sino propiciarse la participación de la persona jurídica en la prevención y represión delictiva, erigiéndose así una “autorregulación” de las entidades o “privatización del proceso penal”¹⁹ en aras de solventar las dificultades que, a consecuencia de los complejos entramados organizativos que existen en los entes corporativos, pueden encontrarse las autoridades jurisdiccionales o administrativas nacionales a la hora de investigar los hechos ilícitos. En efecto, son las propias personas jurídicas quienes se encuentran en mejor situación para detectar e investigar los hechos acaecidos en su ámbito de actividad²⁰, de forma tal que el legislador fomenta un “Derecho autorregulado” en el que las autoridades jurisdiccionales o administrativas supervisan la conducta de las entidades en función de la atención por las mismas a los modelos de *compliance* que hayan implantado. Se habla en este orden de ideas de una “autorregulación regulada”, en cuya virtud, se señalan los elementos básicos que han de tener los programas de *compliance* a

¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 98.

¹⁹ ECHEVERRÍA BERECIARTUA, Eneko. *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 36; NEIRA PENA, Ana María. La otra cara del compliance penal. La privatización de la investigación penal y los derechos de los trabajadores. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.); LLOPIS NADAL, Patricia; DE LUIS GARCÍA, Elena (coords.). *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 857 – 868, esp. pp. 858 – 859.

²⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2011. p. 24 – 47, esp. pp. 26 – 29.

implementar por las personas jurídicas, de modo que la existencia de los mismos derivará en la atenuación o incluso exención de la responsabilidad de éstas²¹. Es así que los programas de *compliance* tienen como principal consecuencia para con las personas jurídicas la conformación de un instrumento probatorio al respecto del efectivo respeto de sus funciones de prevención y detección delictiva, incentivándose con ello una cultura de cumplimiento de la legalidad.

Ello no empero, el ordenamiento jurídico europeo no ofrece en sus normas de aproximación sustantiva cuáles han de ser los elementos de un programa de *compliance* que excluya la responsabilidad de las entidades. Hemos de recurrir en este sentido a normas de *soft law*, como es el caso de las normas de la *International Organization for Standardization* (normas ISO), y así en concreto la norma ISO 37301:2021²², publicada el 13 de abril de 2021, por la cual se detallan una serie de criterios o estándares para el desarrollo, implementación y evaluación de los programas de *compliance*. Desde el punto de vista normativo, si bien como decimos fuera del marco de la aproximación legislativa sustantiva, es destacable a la fecha la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937²³. En la misma, se establece para las empresas obligaciones atinentes al establecimiento de un Código de Conducta y el control de su cumplimiento; a la elaboración de un “mapa de riesgos” sobre las posibles conductas ilícitas; o al establecimiento de un canal de denuncia interno que permita a los miembros de la organización poner en conocimiento de los responsables del *compliance program* las comisiones delictivas que observen en la empresa.

²¹ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 186.

²² Vista en CASANOVAS YSLA, Alain. *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*. Madrid: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2021, pp. 337 – 398.

²³ Bruselas, 23 de febrero de 2022, COM (2022) 71 final. Sobre la misma, BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión*. *Diario la Ley* 18 de diciembre de 2019, n. 9539. Disponible en www.diariolaley.com a través de SMARTECA. Acceso en 8 feb. 2023.

Similar es la fórmula legislativa empleada por el ordenamiento jurídico español. En el mismo, es el artículo 31 bis 5 CP el que explicita cuáles son los elementos de un programa de *compliance* a efectos de su consideración como circunstancia atenuante o eximente de la responsabilidad penal de la entidad: a) medidas de prevención, por medio de la identificación del “mapa de riesgos” y la inclusión de protocolos de reducción de los riesgos penales percibidos; b) medidas de detección, esto es, de control y supervisión del cumplimiento de los antedichos protocolos internos; c) medidas de reacción, consistentes en el establecimiento de canales internos de denuncia que deriven en el posterior desarrollo de investigaciones internas para la averiguación de hechos delictivos e imposición de sanciones disciplinarias; d) medidas de seguimiento consistentes en la supervisión y actualización periódica del programa²⁴.

En lo tocante al establecimiento de canales internos de denuncia, el paso normativo más significativo a nivel europeo lo ha supuesto la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta norma, transpuesta en España por medio de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción²⁵, tiene por objetivo, como señalan sus artículos 1 y 2, el establecimiento de normas mínimas comunes para la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión por parte de las personas jurídicas que integran, ya sea como directivos o como trabajadores.

1.2. LOS OBLIGATORIOS CANALES INTERNOS DE DENUNCIA Y LAS CONSIGUIENTES INVESTIGACIONES CORPORATIVAS

El fundamento de la Directiva 2019/1937 aparece contemplado en el Considerando 1 de la norma, en el cual se explicita que las personas

²⁴ BACIGALUPO SAGESE, Silvina. *Compliance. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 21, p. 260-276, 2021. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6348> esp. p. 268.

²⁵ BOE n. 44, de 21 de febrero de 2023, ref. BOE-A-2023-4513.

que desempeñan sus funciones en una organización son quienes se encuentran en mejor situación para conocer las amenazas o perjuicios para el interés público que pueden darse en la entidad. De esta forma, el incentivo a la denuncia de los hechos ilícitos se convierte en un papel clave en la prevención y descubrimiento de conductas que afecten a los intereses europeos, lo que requiere a su vez el establecimiento de un elenco de medidas tendentes a evitar la adopción de represalias contra los denunciantes por parte de la propia persona jurídica. Sumariamente, señala OLAIZOLA NOGALES, “la protección (de los denunciantes) no es el fin último de la Directiva, sino que dicha protección es el instrumento necesario para que a través de los alertadores puedan prevenirse y descubrirse determinadas infracciones”²⁶.

Con este ánimo, el artículo 4.2 de la Directiva incluye en su ámbito personal de aplicación a los denunciantes de cualesquiera organizaciones públicas y privadas, concretándose en el artículo 6 las específicas condiciones que han de darse para la protección de tales alertadores, cuales son la existencia de motivos razonables de veracidad de las informaciones que se denuncien²⁷, así como su comunicación por medio de los canales de denuncia implantados por la persona jurídica. Es en este punto donde cobra especial importancia otra de las previsiones más destacadas de la Directiva, esto es, la imposición a las personas jurídicas de una obligación de contar con canales internos y externos de denuncia²⁸. La denuncia interna será aquella efectuada por el *whistleblower*

²⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés. La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937. En OLAIZOLA NOGALES, Inés; SIERRA HERNÁIZ, Elisa; LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (dirs.); MOLINA ÁLVAREZ, Inés; ALEMÁN ARÓSTEGUI, Lorena (coords.). *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 27 – 51, esp. p. 29.

²⁷ Siguiendo el tenor literal de la Directiva 2019/1937 en su art. 6.1.a), se exige que los alertadores “*tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva*”. Vid. GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71 – 74.

²⁸ En el caso de las entidades privadas, tal obligación se limitará a aquellas que empleen al menos a cincuenta trabajadores.

ante los órganos que a este efecto hayan sido designados por el ente corporativo, en tanto en cuanto la denuncia externa se llevará a cabo ante las autoridades competentes determinadas por cada Estado miembro²⁹. A ello se une la posibilidad de revelación pública, entendida como la puesta a disposición de la sociedad de información atinente a infracciones habidas en la organización.

Si bien es cierto que la elección del medio de denuncia se deja en manos del *whistleblower* en atención al riesgo de posibles represalias que pueda existir en cada caso concreto, las denuncias internas son dotadas por el legislador europeo de un carácter preferente respecto a los canales de comunicación externa o las revelaciones públicas, habida cuenta constituyen una manifestación del “autocontrol de riesgos” de las personas jurídicas derivado de su autorregulación³⁰. En esta lógica argumental, señalamos el tenor literal del Considerando 33 de la Directiva, conforme al cual, “*en general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público*”. Ciertamente, el *whistleblowing* interno dota de primera mano a la persona jurídica de los datos e informaciones necesarios para el eficiente funcionamiento de su programa de *compliance*, señalándose las debilidades del mismo y advirtiéndose sobre las conductas que pudieran ser constitutivas de delito y que podrían redundar en su propia responsabilidad penal, de forma tal que pueda preparar su defensa en el proceso jurisdiccional que eventualmente se siga contra ella³¹.

²⁹ JULIÀ-PIJOAN, M. Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. San Sebastián, n.3, p. 317 – 353, 2021, esp. p. 323.

³⁰ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. *op. cit.* p. 35.

³¹ Sobre la construcción del canal de denuncias, GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing y canales institucionales de denuncia*. En NIETO MARTÍN,

En cualquier caso, incorporada al canal de denuncias la información concerniente a comportamientos presuntamente delictivos, sobre la base de los datos comunicados tendrá lugar la apertura de una investigación interna para la averiguación de los hechos realmente acaecidos³².

Se desarrolla así una investigación reactiva a consecuencia de la *notitia criminis*³³, la cual puede tener por finalidad bien el conocimiento de los hechos delictivos con carácter previo al proceso penal para denunciar los delitos de los que conozca (investigación reactiva confirmatoria o pre-judicial); bien la averiguación delictiva de forma paralela al trascurso del proceso penal incoado, de cara a la colaboración con el órgano jurisdiccional (investigación reactiva defensiva o para-judicial)³⁴. En ambos casos, nos encontramos por tanto ante la manifestación del requisito de los programas de *compliance* consistente en informar sobre los riesgos penales existentes en la persona jurídica, aportando al proceso penal las informaciones descubiertas. Se da por consiguiente una suerte de “instrucción corporativa” en tanto en cuanto las personas jurídicas “desarrollan internamente de facto potestades instructoras”³⁵.

Pues bien, el hecho de que las personas jurídicas aporten a las autoridades jurisdiccionales los resultados de las investigaciones internas

Adán (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 205 – 230, esp. p. 214 – 224.

³² FORTUNY CENDRA, Miquel. Las investigaciones internas en el marco de un modelo de prevención de delitos. En FORTUNY CENDRA, Miquel (dir.). *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 21 – 60, esp. pp. 28 – 30.

³³ A diferencia de las investigaciones internas preventivas, que tienen por finalidad “comprobar el grado de funcionamiento del sistema, sin que existan sospechas de que se ha cometido algún tipo de irregularidad”, NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. En NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 231 – 270., esp. p. 232.

³⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 610 – 652, esp. p. 619.

³⁵ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 270 – 303, 2020. 10.31009/InDret.2020.i2.08, esp. pp. 275 – 277.

¿podría suponer una injerencia injustificada en los derechos de defensa de los miembros de la organización contra los que se siga el proceso penal? O en otras palabras ¿tendrán valor probatorio las informaciones proporcionadas por la entidad o serán por el contrario consideradas como pruebas ilícitas? En los apartados que siguen trataremos de dar respuesta a tales preguntas, focalizando nuestro estudio en las entrevistas o interrogatorios como uno de los mecanismos de investigación interna de los que puede servirse la persona jurídica para, a continuación, analizar la inclusión de sus resultados en el proceso penal seguido contra un trabajador.

2. LA ENTREVISTA COMO MEDIO DE PRUEBA EN LAS INVESTIGACIONES INTERNAS. AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LOS TRABAJADORES

Dedicamos este apartado al estudio de las entrevistas o interrogatorios al trabajador como de uno de los principales medios de prueba de los que puede servirse la persona jurídica en el desarrollo de las investigaciones internas reactivas bajo la base jurídica, en el caso español, del artículo 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)³⁶. Por medio del citado precepto, se prevé el dado en llamar poder de dirección del empresario, consistente en la facultad de adopción de las medidas más adecuadas para el control y vigilancia del correcto cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones. Potestad que no es absoluta, sino limitada por el debido respeto a la dignidad y demás derechos fundamentales de los empleados³⁷, entre los que ocupa un lugar destacado la tutela judicial efectiva³⁸.

³⁶ BOE n. 255, de 24 de octubre de 2015, ref. BOE-A-2015-11430.

³⁷ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 351; de la misma autora, NEIRA PENA, Ana María. Sherlock Holmes en el centro del trabajo. Las investigaciones internas empresariales. *Revista de derecho y proceso penal*. Madrid, n. 37, pp. 49 – 89, 2015, esp. p. 65.

³⁸ ESTEBAN ROS, Ignacio. Derecho laboral e investigaciones internas. En FORTUNY CENDRA, Miquel (dir.). *Las investigaciones internas en compliance*

Con ello, en el marco de una investigación interna defensiva, la empresa puede servirse de distintos medios de indagación, resultado de su poder fáctico de acometer intensas intervenciones en el ámbito laboral³⁹, como pudieran ser las grabaciones de imagen y/o sonido, el acceso a los equipos informáticos individuales de los trabajadores, las escuchas telefónicas o incluso el acceso a informes de detectives privados. De entre todas, las entrevistas son consideradas como “el corazón de las investigaciones internas”⁴⁰.

2.1. ENTREVISTA AL TRABAJADOR INVESTIGADO ¿OBLIGADO A AUTOINCRIMINARSE BAJO AMENAZA DE DESPIDO?

La realización de entrevistas o interrogatorios a los trabajadores investigados⁴¹, se presenta como el medio de prueba más frecuente para llegar al conocimiento de los hechos acontecidos⁴². La principal problemática que sin embargo puede desprenderse del recurso a este mecanismo, es la concerniente a la posible vulneración del derecho del investigado a guardar silencio o a no confesarse culpable y declarar contra sí mismo⁴³.

penal. Factores clave para su eficacia. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 201 – 235, esp. pp. 205 – 208.

³⁹ POUCHAIN, Pedro. Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado. *InDret*. Barcelona, n. 4, p. 80 – 111, 2022. 10.31009/InDret.2022.i4.03, esp. p. 84.

⁴⁰ SUGGIN, Sarah Helene. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. *Columbia Business Law Review*. Washington, n. 3, p. 859 – 964, 2003, esp. p. 864.

⁴¹ También a testigos y denunciante, sobre cuyas declaraciones no nos ocuparemos en el presente estudio por escapar de nuestro objeto de investigación.

⁴² ESTEBAN ROS, Ignacio. Derecho laboral e investigaciones internas. *op. cit.* p. 210.

⁴³ Como señala ARANGÜENA FANEGO, ambos derechos se encuentran indisolublemente vinculados en torno al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. El derecho al silencio ha de ser entendido como la negativa del investigado a declarar sin que de ello se desprendan suposiciones negativas para su defensa; este silencio inocuo permite que se dé lugar al derecho a no confesarse culpable o declarar contra uno mismo, que se presentan así como garantías sucesivas al silencio y que implican la no obligatoriedad de una declaración

En cuanto que inserto en una relación laboral, el trabajador se ve desde luego compelido a responder a las preguntas que se le formulen en el curso de la investigación interna, en cumplimiento de su deber de diligencia con respecto a las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio de sus facultades de dirección (artículos 5.c) y 20.2 ET)⁴⁴. El empleado se encontrará de esta suerte ante la encrucijada de declarar y confesarse culpable o ser despedido por negarse a cumplir con los mandatos empresariales, lo cual aparece resumido en la expresión inglesa “*Talk or walk*”⁴⁵. Como puntualiza ESTRADA I CUADRAS, la opción por la no autoincriminación será cuanto menos clara en los casos en los que la infracción disciplinaria derivada de la comisión delictiva no haya prescrito, de forma tal que si el trabajador confiesa será igualmente despedido (artículo 54.d ET, bajo la argumentación de la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño del puesto de trabajo); sin embargo, en la medida en que ya no sea posible dicha sanción en el orden laboral, el silencio del trabajador sí puede tener la consecuencia indeseable de convertirse en la causa del fin de la relación contractual⁴⁶. Son estos supuestos, por lo tanto, en los que debe

de la que pueda derivarse la incriminación del investigado, ARANGÜENA FANEGO, Coral. El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 439 – 472, esp. p. 463; también puede consultarse GOENA VIVES, Beatriz. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 23 – 22, p. 1 – 52, 2021, esp. p. 6.

⁴⁴ NIETO MARTIN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario la Ley* 5 de julio de 2013, n. 8120. Disponible en www.diaristolaley.com a través de SMARTECA. Acceso en 8 feb. 2023.

⁴⁵ WING, James D. Corporate internal investigations and the Fifth Amendment. *Business Law Today*, 18 de septiembre de 2014. Disponible en https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2014/09/03_wing/. Acceso en 11 feb. 2023.

⁴⁶ ESTRADA I CUADRAS, Albert. Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. *InDret*. Barcelona, n. 4, pp. 226 – 272, 2020. 10.31009/InDret.2020.i4.06, esp. p. 229.

ponderarse el cumplimiento por el trabajador de sus deberes para con la empresa y su derecho a que las declaraciones vertidas en las investigaciones internas no le resulten perjudiciales en un eventual proceso penal en el que tenga la condición de sujeto pasivo. Y es que, la posibilidad de despido puede generar sobre el empleado una coacción de hecho suficiente para inducir su declaración, constituyendo tal situación un claro vicio de su manifestación de voluntad colaboradora. Como señala POUCHAIN, “*la alternativa en la que se coloca al empleado, entre perder su trabajo –la base de su sustento– o autoinculparse, no es exactamente una elección libre entre hablar o silenciar. En tales circunstancias, una elección racional y sin trabas parece efectivamente imposible. (...) 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*”⁴⁷.

En suma, la posibilidad de despido que se presenta al trabajador ante su negativa a declarar en el interrogatorio interno conlleva que las informaciones obtenidas por esta vía sean constitutivas de una autoincriminación forzada. Ello se erige en un riesgo palpable de la privatización del proceso penal en que consiste el obligado establecimiento de canales internos de denuncia y consiguientes investigaciones corporativas por parte de las personas jurídicas⁴⁸. Ciertamente, es tentador para las autoridades públicas el recurso a medios de prueba como el aquí analizado para obtener informaciones, soslayando los rígidos principios que deben regir la práctica de diligencias de investigación en el curso de un proceso penal.

2.2. LÍMITES EN LA APORTACIÓN AL PROCESO PENAL DE LAS DECLARACIONES DEL TRABAJADOR

A priori, el derecho a la no autoincriminación del trabajador no predica respecto de los interrogatorios que se desarrollen en el marco

⁴⁷ POUCHAIN, Pedro. Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado. *op. cit.* p. 85.

⁴⁸ NEIRA PENA, Ana María. Programas de cumplimiento penal e investigaciones internas. Los derechos de los trabajadores en juego. En BUENO DE MATA, Federico (dir.); NEIRA PENA, Ana María; PÉREZ GAIPO, Julio (coords.). *Processulus. Estudios sobre derecho procesal*. Granada: Comares, 2015. p. 163 – 175, esp. p. 168 – 170.

de la investigación interna, toda vez que los derechos fundamentales (entre los que se encuentra la tutela judicial efectiva de la que forma parte la no autoincriminación) sólo pueden ser apreciados como límites a los poderes públicos⁴⁹ y no a las relaciones de índole privada como son las laborales. Por tanto, no pretende aquí argumentarse que la negativa del trabajador a colaborar con la investigación interna no pueda derivar en una sanción disciplinaria como el despido. Cuestión distinta es, sin embargo, que a las declaraciones obtenidas de este modo se les pueda dotar de valor probatorio en procesos penales. Es en este ámbito donde el derecho a la no declaración culpable incardinado en el artículo 24.2 CE despliega sus efectos, quedando éste, por tanto, limitado a los supuestos en que el trabajador no actúa como mero empleado, sino como sujeto pasivo de un proceso penal en el que la presunción de inocencia ha de erigirse como principio básico⁵⁰.

Dos son las vías por las que la información aportada por el trabajador puede terminar formando parte del proceso penal en curso: mediante la incautación por parte de las autoridades de los documentos relativos a las investigaciones internas corporativas desarrolladas, por ejemplo a través la práctica de diligencias de entrada y registro en la persona jurídica⁵¹; o mediante la aportación de las declaraciones por la

⁴⁹ Vid. art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

⁵⁰ Vid. STS 186/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186, Fundamento Jurídico décimo: “el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede alegarse en el ámbito de las relaciones laborales cuando éstas son extinguidas unilateralmente por el empleador mediante el despido disciplinario”; también la STSJ Valencia 661/2016, de 22 de marzo, ECLI:ES:TSJCV:2016:2031, Fundamento Jurídico Segundo: “en el proceso laboral no son aplicables los principios que rigen en el derecho administrativo sancionador y en el derecho penal; y uno de esos principios es, precisamente, el derecho del investigado a no declarar contra sí mismo”; o la STS 489/2018, de 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2018:3754, Fundamento Jurídico Decimocuarto: “Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable -con algún matiz-, y en general, derecho a un proceso con todas las garantías)”.

⁵¹ Para GASCÓN INCHAUSTI, la obtención de medios de prueba por esta vía será constitutiva de fraude de ley por aprovecharse deliberadamente de los resultados de investigaciones internas en las que no se ha atendido a las garantías propias del proceso penal, no pudiendo por más que declararse la

propia entidad cuando ésta sea a su vez susceptible de imputación, en aras de la exención o atenuación de su propia responsabilidad.

Centrándonos en la segunda posibilidad, por cuanto a nuestro objeto de estudio se refiere, resulta lógico que, si la persona jurídica decide poner en conocimiento de las autoridades las informaciones recabadas por medio interrogatorios internos de cara a la incoación de un proceso penal contra el propio trabajador o su utilización en un proceso ya en curso, una automática traslación del interrogatorio a la instrucción penal podría suponer una vulneración del derecho del investigado a la no autoincriminación y por, ende, a la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 CE. Sobre este particular, señala LEÓN ALAPONT que el valor de la información en el proceso penal podrá predicar única y exclusivamente cuando la realización del interrogatorio haya sido voluntaria para el trabajador, sin haberse visto por lo tanto sometido a coacciones o amenazas desprendidas del poder de dirección del empleador⁵².

En la misma lógica argumental, NEIRA PENA sostiene la necesidad de definir el contexto en el que tiene lugar el interrogatorio, de forma tal que si las preguntas se plantean al trabajador como referidas únicamente a su desempeño o comportamiento en la empresa, una negativa a colaborar podría justificar la adopción de medidas coactivas como el despido, en cuanto que manifestación de la antedicha facultad de dirección del empresario; ahora bien, si tales declaraciones pretender ser posteriormente incorporadas a un proceso penal en curso, su valor probatorio vendrá determinado porque en su obtención se hayan respetado las garantías propias de esta tipología de procesos, debiendo ser consideradas como ilícitas aquellas pruebas obtenidas bajo amenaza de sanción en virtud del artículo 11 LOPJ. Así, para la referida autora, *“aunque a primera vista, los derechos a no declarar o a la presunción de inocencia podrían parecer ajenos al procedimiento de recopilación de evidencias en el marco de una investigación intra-empresarial, no es menos cierto que tales averiguaciones,*

invalidez probatoria de las informaciones recabadas, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 125.

⁵² LEÓN ALAPONT, José. Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 22-4, p. 1 – 34, 2020, esp. p. 12.

*como las realizadas en una fase pre-procesal, han de respetar todos los derechos fundamentales de los sujetos investigados, tanto los de carácter material como los de carácter procesal*⁵³.

Igualmente, señala NIETO MARTÍN que deben distinguirse las investigaciones internas que tienen por objeto la mejora del modelo de cumplimiento penal de la empresa, en las que siempre existirá la obligación de declarar por parte del trabajador, de aquellas que se realizan para descubrir una posible comisión delictiva. En estas últimas habrá de velarse especialmente por el respeto al derecho a no autoincriminarse y por la adopción de medidas tales como la asistencia de abogado y la información al trabajador de su situación legal, los derechos que le asisten y el destino que la empresa dará a sus declaraciones⁵⁴.

Especialmente significativo resulta el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de marzo de 1996, por la cual se establece que *“El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho, (...) sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable*⁵⁵.

Debe impedirse, por ende, que el Estado se sirva en el ejercicio de su *ius puniendi* de una instrucción privatizada no respetuosa con las

⁵³ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. op. cit. p. 362; de la misma autora, véase también *La otra cara del compliance penal. La privatización de la investigación penal y los derechos de los trabajadores*. op. cit. p. 863 – 866.

⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal*. op. cit. Señala además el autor que *“esta “Miranda empresarial”, llamada así por sus semejanzas a la lectura de derechos que se hace a las personas detenidas, debe dejar absolutamente claro que la persona que realiza la investigación, sea un abogado externo o interno, representa en exclusiva los intereses de la empresa”*.

⁵⁵ STS 178/1996, de 1 de marzo, ECLI: ES:TS:1996:1322, Fundamento Jurídico Primero.

garantías procesales⁵⁶. Resulta conveniente mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Allan v. Reino Unido*, por la que se reputaron ilícitas las declaraciones de un preso a su compañero de celda que, a instancia y conducido por las autoridades policiales, le sonsacó información. Ello por cuanto, señaló el Tribunal, las preguntas del preso acabaron operando como el equivalente funcional de un interrogatorio desarrollado por las propias autoridades públicas, pero sin la salvaguarda de garantías como la asistencia letrada⁵⁷. De igual forma proclamó el Tribunal Supremo en la STS 311/2018, de 27 de junio, que *“ha de quedar fuera de toda duda que en aquellas ocasiones en las que el Estado se vale de un particular para sortear las limitaciones constitucionales al ejercicio del ius puniendi, la nulidad probatoria resultará obligada. De lo contrario, se corre el riesgo de tolerar con indiferencia el menoscabo de derechos del máximo rango axiológico y que confieren legitimidad al ejercicio de la función jurisdiccional”*⁵⁸.

De la referida jurisprudencia se infiere que los órganos jurisdiccionales acotan la actuación de los particulares como “agentes del Estado”, limitando el valor probatorio de informaciones obtenidas en investigaciones o actuaciones llevadas a cabo por tales particulares, como lo son las personas jurídicas, al operar como una especie de colaboradores en la instrucción penal.

3. EL VALOR PROBATORIO PENAL DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A TRABAJADORES

La cuestión del valor probatorio de las investigaciones internas corporativas y, en concreto, de las entrevistas a los trabajadores realizadas en su marco, ha sido analizada por la jurisprudencia en un juicio de

⁵⁶ NEIRA PENA, Ana María, “Programas de cumplimiento penal e investigaciones internas. Los derechos de los trabajadores en juego”, *op. cit.* p. 173.

⁵⁷ STEDH 48539/99, de 5 de noviembre, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, párrafo 52.

⁵⁸ STS 311/2018, de 27 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2290, Fundamento Jurídico Primero; en el mismo sentido, la STS 875/2021, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4168, Fundamento Jurídico Segundo.

proporcionalidad entre los intereses para el desarrollo del proceso penal y la prohibición de utilización de pruebas ilícitas. Esta última, que en el ordenamiento jurídico español se desprende del artículo 11 LOPJ, se encuentra estrechamente relacionada con el derecho del trabajador investigado a la no autoincriminación.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia europea, es digna de mención la resolución del TEDH en el asunto *Barbulescu II*⁵⁹ que, si bien referida al uso de medios tecnológicos en el desarrollo de las investigaciones internas, recoge conclusiones que pueden extrapolarse al medio de prueba en que consisten las entrevistas. Así, en la misma se señala que, aunque los resultados de las investigaciones internas no son consecuencia de una intervención directa de los poderes públicos, el correcto proceder de estos últimos en el proceso jurisdiccional se verá afectado si se sirven de medios de prueba en cuya obtención no se han garantizado las garantías del investigado. De este modo, se configura para el Estado una obligación positiva consistente en proteger los derechos de los trabajadores investigados en el marco de las relaciones laborales de cara a la utilización sin abusos de sus declaraciones en un ulterior proceso penal.

Con este propósito, del pronunciamiento del Tribunal colegimos los siguientes condicionantes para la validez en el proceso penal de las declaraciones internas⁶⁰: a) la necesidad de que el trabajador haya sido debidamente informado de la aplicación que se dará a sus declaraciones; b) la valoración de cuál fue el alcance de la actuación investigadora del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado; c) que el empleador presente argumentos legítimos para el acometimiento de la

⁵⁹ STEDH 2017/61, de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu c. Rumanía*, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608, párrafos 109 y ss. Ampliamente sobre la misma, DELGADO JIMÉNEZ, Antonio Felipe. El Caso Barbulescu y su Impacto en la Jurisprudencia Constitucional. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Oporto, n. 7, p. 163 – 179, 2018. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.10>.

⁶⁰ Como se ha indicado *ut supra*, la STEDH en el asunto *Barbulescu II* se refiere a un supuesto de supervisión por el empresario del correo electrónico del trabajador. Del análisis del caso, el Tribunal extrae una serie de condicionantes de la validez de este medio de prueba que nosotros extrapolamos en nuestro estudio a las entrevistas o interrogatorios del trabajador por el empleador.

entrevista; d) valorar si las informaciones recabadas podrían haber sido obtenidas por medios menos invasivos; e) si se ofrecieron al trabajador garantías adecuadas en el desarrollo de la entrevista. A estos parámetros habrá de añadirse otro aportado por la STEDH en el asunto *López Ribalda II*⁶¹, el cual puede ser entendido como la necesidad de que el empleador, para justificar el desarrollo de la investigación interna, tenga sospechas fundadas de comisión delictiva por el trabajador. Con todo, estos seis criterios pueden ser refundidos en dos: principio de proporcionalidad (derecho a la no autoincriminación del trabajador versus poder de dirección del empresario) y requisito de información previa⁶².

Con respecto a la jurisprudencia española, sobre la traslación al proceso penal de los resultados de investigaciones internas se pronunció el Tribunal Constitucional en el asunto *Bershka*, estableciendo en una tónica similar a la del TEDH que “*para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*”⁶³.

Más ilustrativa se presenta si cabe la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Falciani*, por la cual se excluye el valor probatorio de

⁶¹ STEDH 1874/13 y 8567/13, de 17 de octubre de 2019, asunto *López Ribalda y otros c. España*, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413, párrafos 66 y ss. Sobre la misma, MIGUEL BARRIO, Rodrigo. El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, n. 461 – 462, pp. 99 – 141, 2021. <https://doi.org/10.51302/rts.2021.2460>, esp. pp. 114 – 118.

⁶² SOTO PATIÑO, Fernando. La investigación en la empresa, ilicitud de la prueba y uso de datos en el proceso penal. En GÓMEZ COLOMER, Ignacio (dir.); CATALINA BENAVENTE, María Ángeles; OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (coords.). *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022. p. 349 – 374, esp. p. 360.

⁶³ STC 39/2016 de 3 marzo, ECLI:ES:TC:2016:39, Fundamento Jurídico Quinto.

las fuentes obtenidas por particulares a la luz del artículo 11 LOPJ, en tanto en cuanto hayan sido recabadas con el propósito de ser posteriormente incorporadas a un proceso penal. Siguiendo su tenor literal, resuelve el Tribunal Supremo que *“la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”*⁶⁴. La STS 119/2018, de 8 de febrero, en el asunto Inditex, se presenta como la adopción de la doctrina *Barbulescu* por la jurisprudencia española, por la que se señalan los requisitos de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» de las investigaciones acometidas por el empresario de cara a la producción de eficacia en el proceso penal⁶⁵. También y con carácter más reciente, la STS 89/2023, de 10 febrero, determina que la exclusión probatoria, en cuanto que manifestación del sistema de garantías del debido proceso, debe operar cuando el Estado o los particulares tienen acceso a un medio de prueba mediante la infracción de tal derecho fundamental, pretendiendo aprovecharse de su valor incriminatorio⁶⁶.

⁶⁴ STS 116/2017, de 23 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:471, Fundamento Jurídico Sexto; confirmada por la STC 97/2019, de 16 de julio, ECLI:ES:TC:2019:97. En el mismo sentido, la STS 489/2018, de 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2018:3754, Fundamento Jurídico Decimocuarto: *“cuando no se constata en la actuación del particular la finalidad de obtener pruebas para hacerlas valer en un proceso judicial puede eludirse la tajante sanción del art. 11.1 LOPJ en cuanto no está presente la finalidad a que obedece la norma”*; o la más reciente STS 597/2022, de 15 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2348, Fundamento Jurídico Primero: *“Está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ”*.

⁶⁵ STS 119/2018, de 8 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:594, Fundamento Jurídico Sexto. Sobre la misma, puede consultarse ESTRADA CUADRAS, A.; TOMÁS VAQUÉS, C. Legado jurisprudencial del 2022 en materia de investigaciones internas. *La Ley Compliance Penal*. Madrid, n. 12, p. 1 – 11, 2023, p. 2 – 5.

⁶⁶ STS 89/2023, de 10 de febrero, ECLI: ECLI:ES:TS:2023:441, Fundamento Jurídico Trigésimo.

Ha de valorarse, en resumidas cuentas, si apreciándose una vulneración de las garantías procesales en el trascurso de la investigación interna (como lo es la conculcación del derecho a no autoincriminarse del trabajador), existe o no “conexión de antijuricidad” que conlleve la invalidez de las informaciones como prueba en el proceso jurisdiccional⁶⁷.

Sumariamente, la vulneración del derecho del trabajador a no autoincriminarse en el desarrollo de la entrevista interna, supondrá la imposibilidad de su utilización en el proceso penal, en la medida en que exista un nexo que vincule la información obtenida en el marco laboral con la que pretende aportarse con carácter probatorio a las autoridades jurisdiccionales. Tal nexo existirá si desde el primer momento el interrogatorio por el empleador se efectuó con el ánimo de transmitir la información al proceso penal y el trabajador no fue debidamente informado de ello. Como señalara el Tribunal Supremo en el asunto *Parques Reunidos*, “no se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos”⁶⁸.

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

A lo largo del estudio hemos ido dando respuesta a las preguntas inicialmente planteadas. Por cuanto se refiere al contexto de aprobación de la Directiva 2019/1937 *Whistleblower*, ésta ha supuesto un paso más en la preocupación del legislador por la defensa de los intereses

⁶⁷ Sobre la “conexión de antijuricidad”, véase la STC 81/1998, de 2 de abril, ECLI:ES:TC:1998:81, Fundamento Jurídico Cuarto: “*para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas (a las pruebas que pretenden ser aportadas al proceso penal), habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad)*”.

⁶⁸ STS 528/2014, de 16 de junio, ECLI:ES:TS:2014:2844, Fundamento Jurídico Primero.

Europeos. En efecto, la inclusión por las personas jurídicas de sistemas eficaces de denuncia e investigación de infracciones cometidas en su marco organizacional, constituye un para nada desdeñable mecanismo de prevención y conocimiento de vulneraciones del Derecho no solo europeo, sino también estatal a través de la trasposición de la Directiva en ordenamientos como el español. En efecto, tanto la Directiva europea como la Ley 2/2023 para su incorporación en España, han supuesto un impulso al desarrollo de investigaciones corporativas internas derivadas de la denuncia de infracciones por los propios miembros de la persona jurídica.

En cuanto a las implicaciones de las entrevistas a los trabajadores en el seno corporativo, puede concluirse que la aportación de los resultados de las investigaciones internas a un proceso penal en curso, ya sea contra la propia persona jurídica, ya sea contra el trabajador o contra ambos al mismo tiempo, se ha convertido, desde la incorporación de la responsabilidad criminal de las entidades en el ordenamiento nacional, en una privatización del proceso penal. Verdaderamente, las fuentes de prueba obtenidas por los *compliance officers* se convierten en fundamentales en el desarrollo de la fase de instrucción, al facilitar el conocimiento por las autoridades de conductas e infracciones cuya averiguación sin la colaboración de la persona jurídica sería harto complicada.

En el desarrollo de estas investigaciones corporativas, las entrevistas o interrogatorios a los trabajadores involucrados en la presunta comisión ilícita se presentan como el eje central de las averiguaciones, habida cuenta el poder de dirección del empresario impone una suerte de obligación al empleado para colaborar con las pesquisas. Las conclusiones a que se lleguen tendrán importantes efectos en el ámbito laboral, pudiendo derivar en sanciones disciplinarias de constatarse la conducta criminal de los empleados. Ahora bien, la traslación de las informaciones obtenidas a un proceso penal en el que el trabajador tiene la condición de sujeto pasivo, puede suponer una vulneración de su derecho a la no autoincriminación. Debe seguirse el pronunciamiento tanto del TEDH en el asunto *Barbulescu II*, como del Tribunal Supremo español en la STS 178/1996, de 1 de marzo, de cara a concretar en el Estado un deber de protección de los derechos procesales de los trabajadores en el curso de las investigaciones internas, de forma tal que el valor probatorio de la información que revelen no quede desvirtuado en un posterior proceso penal.

Es por ello que el valor probatorio penal de las entrevistas realizadas a trabajadores en las investigaciones internas debe venir revestido de algunos límites. A estos efectos, la noción de pruebas ilícitas a que se refiere el artículo 11 LOPJ ocupa aquí un papel destacado⁶⁹, siendo que la invalidez probatoria de las declaraciones del trabajador vendrá determinada por una serie de parámetros concretados por medio de la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Barbulescu II* y *López Ribalda II*, así como por el Tribunal Constitucional español en el caso *Falciani*: la colaboración en el interrogatorio o entrevista interna bajo amenaza de sanción disciplinaria; la intención de la persona jurídica de aportar sus declaraciones al proceso penal de cara a la atenuación o exención de su propia responsabilidad; la no información al trabajador entrevistado de este extremo⁷⁰; y la no salvaguarda de las garantías propias del proceso penal en el trascurso del interrogatorio.

En definitiva y como se propugna por el Tribunal Supremo español en la STS 311/2018, de 27 de junio, se trata de evitar que la privatización del proceso penal y la consiguiente configuración de la persona jurídica como “agente del Estado”, se convierta en una forma de instrucción en la cual las autoridades se sirvan de fuentes de prueba que no atiendan a las garantías y derechos de los investigados. La estimación de tales pruebas como ilícitas constituye una innegable garantía en este sentido, más aún cuando la inutilidad de las informaciones aportadas por la entidad al proceso penal conllevará que aquélla no se vea beneficiada de las atenuaciones o exenciones previstas por el legislador.

En cualquier caso, creemos que hubiese sido deseable una expresa previsión de estas consideraciones tanto en la Directiva 2019/1939 como en su norma de trasposición, en el sentido de que, junto con la obligación a las entidades de incorporar canales de denuncia y de acometimiento de

⁶⁹ RENEDO ARENAL, María Amparo. El elemento subjetivo de la prueba ilícita. En ROCA MARTÍNEZ, José María. *Procesos y prueba prohibida*. Madrid: Dykinson, 2022. p. 143 – 162, esp. p. 148 – 153; CARRILLO DEL TESO, A. La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales. *La Ley Penal*. Madrid, n.159, p. 1 – 24, 2022, p. 8 – 10.

⁷⁰ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Las investigaciones internas corporativas. En ROCA MARTÍNEZ, José María. *Procesos y prueba prohibida*. Madrid: Dykinson, 2022. p. 191 – 226, esp. p. 216.

investigaciones internas, se garantizase en el desarrollo de estas últimas las garantías y derechos de los trabajadores, imponiendo como preceptivas medidas tales como la asistencia letrada o la debida información previa y demás contempladas por el propio legislador europeo en las Directivas que conforman el estatuto procesal del investigado⁷¹.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 439 – 472.

AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 270 – 303, 2020. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i2.08>

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing europeo y compliance*: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario la Ley* 18 de diciembre de 2019, n. 9539. Disponible en www.diariolaley.com a través de SMARTECA. Acceso en 8 feb. 2023.

BACIGALUPO SAGESE, Silvina. Compliance. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 21, p. 260-276, 2021. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6348>.

CASANOVAS YSLA, Alain. *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*. Madrid: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2021.

⁷¹ Vid. sobre las mismas DE HOYOS SANCHO, Montserrat. Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.); FUENTES SORIANO, Olga; GONZÁLEZ CANO, Isabel, (coords.). *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 43-58.

CARRILLO DEL TESO, A. La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales. *La Ley Penal*. Madrid, n.159, p. 1 – 24, 2022.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 610 – 652.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.); FUENTES SORIANO, Olga; GONZÁLEZ CANO, Isabel, (coords.). *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 43-58.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (dirs.). *Armonización penal en Europa*. Pamplona: Instituto Vasco de Administración Pública, 2013. p. 52 – 76.

DELGADO JIMÉNEZ, Antonio Felipe. El Caso Barbulescu y su Impacto en la Jurisprudencia Constitucional. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Oporto, n. 7, p. 163 – 179, 2018. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.10>

ECHEVERRIA BERECIARTUA, Eneko. *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

ESTEBAN ROS, Ignacio. Derecho laboral e investigaciones internas. En FORTUNY CENDRA, Miquel (dir.). *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 201 – 235.

ESTRADA I CUADRAS, Albert. Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. *InDret*. Barcelona, n. 4, pp. 226 – 272, 2020. 10.31009/InDret.2020.i4.06

ESTRADA CUADRAS, A.; TOMÁS VAQUÉS, C. Legado jurisprudencial del 2022 en materia de investigaciones internas. *La Ley Compliance Penal*. Madrid, n. 12, p. 1 – 11, 2023.

FORTUNY CENDRA, Miquel. Las investigaciones internas en el marco de un modelo de prevención de delitos. En FORTUNY CENDRA, Miquel (dir.). *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 21 – 60.

GARCÍA MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. En NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 205 – 230.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GOENA VIVES, Beatriz. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 23 – 22, p. 1 – 52, 2021.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2011. p. 24 – 47.

JIMENO BULNES, Mar. Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre compliance: Su adaptación en España. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.); MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 939 – 974.

JULIÀ-PIJOAN, M. Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. San Sebastián, n.3, p. 317 – 353, 2021.

LEÓN ALAPONT, José. Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 22-4, p. 1 – 34, 2020.

MIGUEL BARRIO, Rodrigo. El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, n. 461 – 462, pp. 99 – 141, 2021. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2460>

NEIRA PENA, Ana María. La otra cara del compliance penal. La privatización de la investigación penal y los derechos de los trabajadores. En JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.); LLOPIS NADAL, Patricia; DE LUIS GARCÍA, Elena (coords.). *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 857 – 868.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NEIRA PENA, Ana María. Programas de cumplimiento penal e investigaciones internas. Los derechos de los trabajadores en juego. En BUENO DE MATA, Federico (dir.); NEIRA PENA, Ana María; PÉREZ GAIPO, Julio (coords.). *Processulus. Estudios sobre derecho procesal*. Granada: Comares, 2015. p. 163 – 175.

NEIRA PENA, Ana María. Sherlock Holmes en el centro del trabajo. Las investigaciones internas empresariales. *Revista de derecho y proceso penal*. Madrid, n. 37, pp. 49 – 89, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. En NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 231 – 270.

NIETO MARTIN, Adán. Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario la Ley* 5 de julio de 2013, n. 8120. Disponible en www.diariolaley.com a través de SMARTECA. Acceso en 8 feb. 2023.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*. Talca, n. 5, pp. 1 – 18, 2008.

OLAIZOLA NOAGALES, Inés. La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937. En OLAIZOLA NOAGALES, Inés; SIERRA HERNÁIZ, Elisa; LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (dirs.); MOLINA ÁLVAREZ, Inés; ALEMÁN ARÓSTEGUI, Lorena (coords.). *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 27 – 51.

POUCHAIN, Pedro. Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado. *InDret*. Barcelona, n. 4, p. 80 – 111, 2022. <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i4.03>

RENEDO ARENAL, María Amparo. El elemento subjetivo de la prueba ilícita. En ROCA MARTÍNEZ, José María. *Procesos y prueba prohibida*. Madrid: Dykinson, 2022. p. 143 – 162.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Las investigaciones internas corporativas. En ROCA MARTÍNEZ, José María. *Procesos y prueba prohibida*. Madrid: Dykinson, 2022. p. 191 – 226.

SÁNCHEZ GIMENO, Sergio; ESTEVE CARRASCOSA, Alba; GAY QUINZÁ, Ignasi. Régimen jurídico internacional de la responsabilidad penal de las empresas. El estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América. En GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel (dir.). *Manual práctico de compliance*. Cizur menor: Civitas, 2017. p. 67 – 93.

SOTO PATIÑO, Fernando. La investigación en la empresa, ilicitud de la prueba y uso de datos en el proceso penal. En GÓMEZ COLOMER, Ignacio (dir.); CATALINA BENAVENTE, María Ángeles; OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (coords.). *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022. p. 349 – 374.

SUGGIN, Sarah Helene. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. *Columbia Business Law Review*. Washington, n. 3, p. 859 – 964, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. Disponible en <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1988%2Fcont%2Fnjw.1988.1169.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-1988-S-1169-N-1> Acceso en 26 may. 2023.

URRUELA MORA, Asier. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege data*. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, n. 32, p. 413-468, 2012.

WING, James D. Corporate internal investigations and the Fifth Amendment. *Business Law Today*, 18 de septiembre de 2014. Disponible en https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2014/09/03_wing/. Acceso en 11 feb. 2023.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Authorship information

Ana María Vicario Pérez. Contratada Predoctoral FPU. Área de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos (España). PhD candidate. amvperez@ubu.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/02/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/03/2023
- Review 1: 19/04/2023
- Review 2: 27/04/2023
- Review 3: 28/04/2023
- Preliminary editorial decision: 24/05/2023
- Correction round return: 29/05/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VICARIO PÉREZ. Ana María. La Directiva Whistleblowing: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 689-722, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.813>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Corporate Internal Investigations 4.0: on the criminal procedural aspects of applying artificial intelligence in the reactive corporate compliance¹

Investigações internas corporativas 4.0: sobre os aspectos processuais penais da aplicação da inteligência artificial no âmbito reativo do compliance

Túlio Felipe Xavier Januário²

Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

tuliofxj@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0400-1273>

ABSTRACT: The aim of the present paper is to analyze the criminal procedural implications of applying artificial intelligence systems in the context of internal investigations. More specifically, we will seek to answer the following questions: how can AI be used in these procedures and which are its legal boundaries? In case of effective use of this technology, how can it, in a future criminal proceeding, affect the admissibility and valuation of elements of information derived from internal investigations? In order to address these questions, we will apply

¹ This investigation was carried out within the scope of the project entitled "Autoria e responsabilidade em crimes cometidos através de sistemas de inteligência artificial", funded by the "Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT" (2020.08615.BD).

² PhD Candidate in Law at the University of Coimbra (Portugal), with a fellowship from the Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. M.Sc. in Law by the University of Coimbra (Portugal), with a research internship of the “ERASMUS+” Program at the Georg-August-Universität Göttingen (Germany). He had Graduate Studies in International Criminal Law at the Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights (Italy), Graduate Studies in Economic Criminal Law and Crime’s Theory at the University of Castilla-La Mancha (Spain), Graduate Studies in Compliance and Criminal Law at IDPEE (Portugal) and Graduate Studies in Criminal Law – General Part at IBCCRIM/IDPEE (Brazil/Portugal). He holds a Bachelor’s Degree in Law by the Universidade Estadual Paulista – UNESP (Brazil).

the deductive methodology with a review of European and Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence. At the end of the paper, we will demonstrate the limits to be observed for the processing of data and the use of AI in the scope of internal investigations, as well as the requirements and limits of sharing the information obtained from them with criminal proceedings.

KEYWORDS: Corporate criminal law; compliance; internal investigations; artificial intelligence; criminal procedure.

RESUMO: *O objetivo do presente trabalho é analisar as implicações processuais penais da aplicação de sistemas de inteligência artificial em investigações internas. Mais especificamente, buscaremos responder aos seguintes questionamentos: como a IA pode ser utilizada nesses procedimentos e quais são suas limitações legais? Em caso de efetivo uso dessa tecnologia, como ela pode afetar a admissibilidade e valoração de elementos de informação derivados de investigações internas, em um futuro processo penal? Para responder a estas questões, aplicaremos a metodologia dedutiva, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência europeia e brasileira. Ao final do artigo, demonstraremos os limites a serem observados no processamento de dados e uso da IA no âmbito das investigações internas, assim como os requisitos e limites para o compartilhamento das informações obtidas a partir delas, com processos penais.*

PALAVRAS-CHAVE: *direito penal empresarial; compliance; investigações internas; inteligência artificial; processo penal.*

INTRODUCTION

Among the various mechanisms for preventing and tackling economic and business crimes, one of those that has become the object of greater legislative, jurisprudential and, mainly, doctrinal attention is certainly the compliance programs. More recently, these mechanisms, as well as several other sectors of society, have experienced the influxes of the so-called “*Revolution 4.0*”³, since their most diverse activities have been

³ The use of the term “*revolution 4.0*”, which we also refer to in the title, is attributed here to Barona Villar, who explains that scientific and technological

carried out with the aid of new technologies, among which autonomous systems and artificial intelligence (henceforth, AI)⁴.

advances, especially at the end of the 20th and the beginning of the 21st century, opened space for a new stage of industrialization, in which digitalization, connectivity, automation, robotization and artificial intelligence are combined. It is precisely this new stage that is known as Industry 4.0. According to the author, this expression was used for the first time by Henning Kagermann, president of Acatech, at the 2011 Hannover Messe. See: BARONA VILAR, Silvia. *Algoritmización del derecho y de la justicia: de la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 58. In this sense: “The term “Industry 4.0” was introduced in 2011 by the Communication Promoters Group of the Industry-Science Research Alliance to describe the widespread integration of information and communication technology in industrial production. The “4.0” alludes to how this trend’s potentially revolutionary impact follows directly in the footsteps of the three previous industrial revolutions” (SCHUH, Günther et al (eds.). *Industrie 4.0 Maturity Index: Managing the Digital Transformation of Companies: Update 2020*. München: Acatech Study, 2020. p. 11).

⁴ As explained by Matheus de Alencar e Miranda, (1) *technologies of automated decision are the genus*, of which (1.1) *systems/algorithms of autonomous pre-programmed decision* and (1.2) *artificial intelligence* are species. The distinction between the two species lies in the fact that in *artificial intelligence systems*, there is no human rule that determines how the algorithm decides. Human decisions are limited to defining the objective and form of learning. The algorithm, in turn, has the ability to understand the environment through data inputs and choose, among several possible courses of action, one that solves the posed problem. In turn, although systems of autonomous pre-programmed decisions can react to the environment without the need for human input at that moment of decision, they are unable to learn or create their own solution to that problem and to modify their codes. Their behavior, therefore, is a pre-programmed reaction to the posed problem. See in detail at: MIRANDA, Matheus de Alencar e. *Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal*. 2023. Tese - (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2023. p. 74-94. For an analysis of the difficulties in differentiating these concepts, see also: AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the Potentialities and Limitations of Autonomous Systems in Money Laundering Control. *RIDP*, v. 92, n. 1, p. 87-108, 2021. p. 89ff.; SANTOSUOSSO, Amedeo; BOTTALICO, Barbara. Autonomous Systems and the Law: Why Intelligence Matters. In: HILGENDORF, Eric; SEIDEL, Uwe (eds.). *Robotics and the Law: Legal Issues Arising from Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 27-58. p. 35ff.; HILGENDORF, Eric. Recht und autonome Maschinen – ein Problemaufriß. In: HILGENDORF, Eric; HÖTITZSCH, Sven (eds.). *Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik*. Baden-Baden: Nomos 2015. p. 11-40.

It is true, however, that despite their undeniable potential to make compliance activities more effective and efficient, the use of these technologies also raises some relevant doubts, especially if we consider some of their inherent limitations, such as the opacity of their operation and unpredictability of their outputs. Furthermore, their specific use in compliance programs, especially in their most repressive aspect, which is conducting corporate internal investigations (henceforth, CII), raises serious questions in terms of the rights and guarantees of those being investigated, which is even more serious if we consider that, although is not their exclusive purpose, they can investigate facts that constitute crimes and, consequently, be relevant in future criminal proceedings.

In view of this scenario, the central object of this investigation focuses precisely on the use of AI in the scope of CII and its criminal procedural repercussions. In other words, we will seek to answer the following questions: how has AI been and can be applied in CII and what are the legal limits for its use? In case of application, how can it affect the admissibility and valuation of the information collected in these investigations in any criminal proceedings?

To elucidate these questions, we will initially analyze the concept, operation and limitations of AI systems in order to understand not only their potentials, but also the risks generated by their use in the scope of CII. These procedures will also be the object of our attention in this topic. Through the analysis of their fundamental concepts in the light of doctrine, legislation and jurisprudence, we will seek to understand their relevance, functioning and possible criminally relevant implications.

Finally, we will focus on the main question of the present study, analyzing the legal guidelines for the use of AI in the scope of CII and for the sharing of information with the criminal procedures. In this context, based on a deductive methodology and with the analysis of Brazilian and European legislation, doctrine and jurisprudence, we will investigate three main aspects: the legal guidelines for processing data in CII; the limits to the use of AI systems in these procedures; and the requirements and limits for sharing the information elements derived from them, with an eventual criminal proceeding.

At the end of the investigation, we will seek to demonstrate that the processing of data for the purpose of applying AI in CII does not find obstacles

in the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) or in the European General Data Protection Regulation (GDPR), provided that it is based on at least one of the legal hypotheses and respects the test of proportionality between the intended purpose and the means employed to achieve it. We will also demonstrate that, although based on the directive power of the employer, the use of AI systems in this scope is not unlimited either, and must observe, among other barriers, those imposed by the legality, the expectation of privacy of employees and by a second proportionality test. Finally, we will conclude that these elements of information can be shared with the criminal procedure provided that a third proportionality test is respected and that it is observed that they can never be considered sufficient to justify the conviction of any defendant, having a regime similar to that of the elements of information coming from public acts of investigation.

1. BLACK-BOXES 2.0: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE “NEW” FACE OF CORPORATE INTERNAL INVESTIGATIONS

Although recent attention has been paid to problems related to AI, driven especially by technological advances in this scope, it is important to mention that this field of study dates back to the post-World War II period, largely made possible by the work of Alan Turing focused on decoding messages during the war⁵. However, the use of this terminology is attributed to John McCarthy in the context of the text “*A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*”, of 1955. At the time, the author considered it as “the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs”. Besides, “it is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable”⁶.

⁵ SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial intelligence and its role in near future. *Journal of Latex Class Files*, v. 14, n. 8, p. 1-11, Aug./2015, p. 3; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins. *Inteligência artificial e direito*, Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 24.

⁶ MCCARTHY, John. *What is Artificial Intelligence?*. Stanford: Stanford University, 2007; MCCARTHY, John et al. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, August 31, 1955. *AI Magazine*, v.

Currently, a proposal of definition that seems more appropriate to the state of the art of the matter is presented by the *European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, which proposes a subdivision into two categories: by i) *artificial intelligence as systems*, we can understand software or hardware that, given a complex goal, acts in the physical or digital world by perceiving their environment, interpreting the collected data, reasoning on this data and deciding the best action(s) to take, according to pre-defined parameters. Moreover, they can also be designed to learn to adapt their behavior by analyzing how the environment is affected by their previous actions. In turn, when considered an ii) *scientific discipline*, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning, machine reasoning and robotics, integrating them in cyber-physical systems⁷.

Scientific and technological advances in the area of AI have been accompanied by an undeniable expansion of the application of this technology in various fields of activities, such as transports, medicine and the capital market. It is no different with the scope of criminal justice, where autonomous and AI systems have been increasingly applied in activities of surveillance, investigation, judgment and sentence serving⁸.

27, n. 4, p. 12-14, 2006, p. 14. See also: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Vulnerabilidade e hiposuficiência 4.0: la protección jurídico-penal de los consumidores en la era de la inteligencia artificial. In: FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), PÉREZ TORTOSA, Francesc. (coord.). *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI*. A Coruña: Editorial Colex, 2023. p. 187-199, p. 189.

⁷ THE EUROPEAN COMMISSION'S HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE: *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines: Definition Developed for the Purpose of the Deliverables of the High-Level Expert Group*, Brussels, 2018, p. 7. See also: See also: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Vulnerabilidade e hiposuficiência..., p. 189.

⁸ For a broad analysis, see: AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Underneath the Robot Judge's Robe: demystifying the use of artificial intelligence in criminal justice through a global south perspective. In: KOSTIĆ, Jelena; BOŠKOVIĆ, Marina Matić. *Digitalizacija u kaznenom pravu i pravosuđu: Digitalization in Penal Law and Judiciary*. Belgrade: IKSI, 2022. p. 271-289. p. 272ff.; QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2020. p. 37ff.; GLESS, Sabine. *AI in the Courtroom:*

Our object of study, however, refers to the application of AI in the most varied activities carried out within the scope of compliance programs⁹⁻¹⁰, especially with regard to their reactive scope, that is, the

A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials. *Georgetown Journal of International Law*, v. 51, n. 2, p. 195-253, 2020. p. 202ff.

⁹ Compliance programs can be understood as instruments of self-supervision and self-regulation inserted in the context of corporate governance, whose immediate purposes are the promotion of a culture of ethics and legal compliance in business activities and the prevention, investigation and repression of illegal practices within the corporate sphere. By its turn, their mediate aims are to maintain or recover the good reputation of the legal person, to secure the continuity of the business with potential profits and, mainly, to protect the corporation, its collaborators and representatives, from eventual liabilities in the most varied spheres, as well as from financial and reputational losses. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 85-86. As Silva Sánchez explains, compliance programs cannot be exhausted in the mere adoption of self-surveillance mechanisms, but must also encompass positive training measures that seek to neutralize cultural factors and group dynamics that favor criminality. See in detail: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 193. The relationship between self-regulation and corporate governance is well approached by Cláudia Barrilari, who recalls that the latter has its origins in the UK and the US in the 1990s, configuring itself as commercial practices and rules that aim precisely to overcome the conflicts inaugurated with the split between the management of controllers, on the one hand, and ownership by the companies' shareholders, as well as the interests of creditors, on the other. Great influence on these concepts was exerted by the scandals of fraud and market manipulation that were publicized at this time, as well as the approval of the Sarbanes-Oxley Act. See with more details at: BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook. N.P. Section 3.4.3. See also: LUZ, Ilana Martins. *Compliance & omissão imprópria*. 3. Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 30ff.

¹⁰ "Primitive" versions of compliance programs already existed in the US in the 1930s and 1940s, especially after SEC and DOJ impositions. However, it was after the disclosure of the *Watergate* scandal in the 1970s and the subsequent approval of the *US Sentencing Guidelines* of 1991, and especially with the financial scandals at the turn of the millennium (such as Enron, WorldCom and Parmalat), that these programs became a real asset in the attempt to overcome state difficulties in regulating, preventing, investigating and repressing corporate crimes. On the origins and historical evolution of compliance programs, see: NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en*

conduction of CII¹¹⁻¹². As Christoph Burchard rightly points out, the

la empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 25-48. p. 27ff; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 125ff. Regarding Brazil, even though compliance programs already existed in the 1990s, it was in the first two decades of the 21st century that they became the object of real expansion within companies and the focus of national doctrine. The reasons for this, according to Saavedra, lie in: i) the compliance duties inserted in the Brazilian legal system by Law 12,683/12, which modified the Anti-Money Laundering Law (Law 9,613/98); ii) the debate instigated by APn 470 (popularly known as “mensalão”) on the criminal responsibility of compliance officers; and iii) the approval of the Anti-Corruption Law (12,846/13), which provides for express positive impacts in administrative penalties imposed on companies when adopting these programs. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades*. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-50. p. 37-38. See also: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Programas de compliance voltados à prevenção da lavagem de dinheiro*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 47-71; CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 125ff.

¹¹ We have had the opportunity to partially address this topic on other occasions. The present paper is intended to bring a theoretical deepening in some its fundamental aspects. See also: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e programas de compliance: uma análise dos possíveis reflexos no processo penal*. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (eds.). *Direito e Tecnologia*. Porto Alegre: Citadel, 2022. p. 363-392; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y responsabilidad penal de personas jurídicas: un análisis de sus aspectos materiales y procesales*. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, forthcoming.

¹² It is important to emphasize that there is no single pre-defined model of compliance program, since it undeniably depends on the particularities of the corporation and its sector of activity (in that sense, see: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 102; SIEBER, Ulrich. *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*. In: SIEBER, Ulrich et al. (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. p. 449-484. p. 458). For illustrative purposes, we can cite the model proposed by Marc Engelhart, who classifies its stages of elaboration

time when only state agents made use of predictive systems to detect and prevent crimes is gone. On the contrary, *digital criminal compliance* (DCC) can be considered the buzzwords when it comes to employing digital systems for real-time prevention of compliance violations¹³.

Depending on the complexity of the case and the companies involved and their respective scopes of activity, CII tend to be proportionally complex, with a high expenditure of time and human and financial resources of the corporation, for the purpose of properly ascertaining the facts in question. For this reason, technological instruments capable of assisting in certain tasks that demand the processing of an immense amount of data in a short time, especially with accuracy superior to that of humans, have been increasingly sought after.

When talking about the digitization of criminal compliance, it refers to the intelligent analysis of a large data set (big data), especially through AI, in order to ensure compliance with laws and prevention of

into three columns, namely: i) the *formulation*, characterized by the trinomial “detect-define-structure”, which includes risk management, approval of a code of ethics and conducts, the implementation of a whistleblowing channel and the definition of the respective competences within the scope of the program; ii) the *implementation*, marked by the trinomial “communicate-promote-organize”, which includes the program dissemination and personnel training phases, as well as the daily promotion of the culture of compliance; and iii) *consolidation and improvement*, marked by the trinomial “react – sanction – improve”, and which encompasses CII and sanctioning procedures, as well as the evaluation mechanisms and continuous improvement of the program. See: ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 2012. p. 711-719. Also based on this classification: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e...*, p. 90ff; VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 271ff.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 27ff; RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico...*, p. 102ff.

¹³ BURCHARD, Christoph. Das »Strafrecht« der Prädiktionsgesellschaft: ...oder wie »smarte« Algorithmen die Strafrechtspflege verändern (können). *Forschung Frankfurt: das Wissenschaftsmagazin: Recht und Gesetz*, n. 1, p. 27-31, Aug./2020, p. 28. See also: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 369.

crimes within companies¹⁴. The reasons for this option lie precisely in the pretension of greater effectiveness and efficiency of the compliance program and, consequently, greater security for the company, since more advanced computer systems are able to predict with high accuracy the actions and productive processes, as well as to prevent and detect situations that may be harmful to the corporation¹⁵.

According to Burchard, digital criminal compliance presents the promise (not necessarily fulfilled) of being a more complete, objective, neutral and effective form of compliance. The author explains that one of the main limitations of traditional (human-based) compliance is the fact that it is often forced to operate retrospectively (*ex post*). This occurs precisely due to human limitations and errors and despite the prior existence (*ex ante*) of data on possible non-compliance. Furthermore, despite the need to contain corporate crimes, companies are always faced with the dilemma that compliance measures tend to paralyze the company. With the digitalization of the compliance structure and the ability of new technologies to analyze big data in real time, the expectation is to predict a large number of possible infractions, preventing their occurrences. Furthermore, even if they are not avoided in some cases, the data storage capacity of AI systems would certainly favor the *ex post* investigation of the facts¹⁶.

In view of these ambitions, it is important to point out that some functionalities of compliance programs already experience the benefits of digitalization and some new technologies. This is the case, for example, of the digitalization of whistleblowing and guidance channels and the portals of training and clarification of doubts of the employees. Furthermore, employee training itself can be favored by technological tools, which

¹⁴ BURCHARD, Christoph. Digital Criminal Compliance. In: ENGELHART, Marc et al (Hrsg.). *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*: Teilband II. Berlin: Duncker & Humblot, 2021. p. 741-756. p. 742.

¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; SOUSA, Susana Aires de. Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 11-39. p. 13.

¹⁶ BURCHARD, Christoph. Digital Criminal Compliance..., p. 744-747.

can be used to clarify doubts about concrete and specific situations, especially those that can be easily solved in light of the company's code of ethics¹⁷. With the consequent reduction in the demand for services, the competent department is able to dedicate itself to the resolution of more delicate cases, which cannot be solved by the system¹⁸.

In addition, activities that demand the processing of a huge amount of data in a short time tend to be especially benefited. This is the case, for example, of the analysis of the legal and regulatory aspects applicable to a given situation, especially if we consider that companies have been increasingly subjected to an immensity of legislation, including international ones, due to their activities in different markets. In this sense, tools that assist in the automated processing of data and categorization of those that are relevant in the specific case tend to benefit not only the compliance sector, but the generality of the company's legal activities. Dedicating itself to the study of the applications of these technologies in the legal field, we have *legal tech* (or *law tech*), which refers precisely to the use of new technologies (from the simplest ones, such as those used

¹⁷ Cornelia Inderst draws attention to the importance of training using technology when the company is large, especially with dispersed and global operations. This increases the possibility of standardizing behavior standards in all branches, as well as control over the effective implementation of training programs. See in detail at: INDERST, Cornelia. Einzelaufgaben der Compliance-Organisation. In: GÖRLING, Helmut et al. *Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche*. Hamburg: C.F. Müller, 2010. p. 112-122. p. 115.

¹⁸ It is important to mention, however, that despite its possible benefits, the digitization of reporting and helping channels must also be subject to some reservations. To what extent, for example, would AI be able to more effectively ensure the confidentiality of denunciations and whistleblowers? As we suggested on another occasion, if on the one hand it is a fact that the reduction of human contacts with sensitive information could open up fewer gaps for possible undue leaks and possible reprisals and embarrassment to those involved, on the other hand, we must ask ourselves about the level of security of these channels and also who would have access to data and what would be the destination given to them, after processing. Furthermore, it is questionable to what extent the reduction of human contacts is beneficial in these situations. We have doubts about whether machine assistance in these cases, which are often delicate, could not end up representing a “dehumanization” of care for victims, who may feel helpless and disrespected at these times. See more details at: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 370-371.

in data storage, security or in office administrative services, up to the most modern ones, which help or even replace lawyers in some tasks) for the simplification and enhancement of legal services¹⁹.

Also in this sense, the identification, monitoring and analysis of risks – activities that we will include here within the scope of so-called *risk assessment* – are positively impacted by the aforementioned data processing capacity. As if that were not enough, algorithms that are capable not only of a mere risk categorization, but also effectively able of autonomously update themselves with their previous experiences and the most recent scientific knowledge, legal updates and jurisprudence, certainly add to the program's efficiency²⁰.

Within the scope of due diligence activities²¹, there are already tools on the market that assist in the collection of information regarding third parties, merger or acquisition target companies and any other agents, which the company wishes to do business with, identifying the viability, risks and transaction values. The benefits of using AI in this scope are once again in its high data processing capacity and its high accuracy, which helps in the preparation of a very precise and informative final report²².

These are, however, some less controversial features of AI within compliance programs. Larger issues arise from its application when

¹⁹ See: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e..., p. 371; CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; HAAP-IO, Helena. Digital Technologies, Legal Design and the Future of the Legal Profession. In: CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; HAAP-IO, Helena (ed.). *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*. Singapore: Springer, 2019. p. 1-16.

²⁰ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e..., p. 372.

²¹ On the difficulties of conducting due diligence procedures, especially in transnational contexts, see: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Beyond Ecocide: Extraterritorial Obligations of Due Diligence as an Alternative to Address Transnational Environmental Damages?. *RIDP*, v. 93, n. 1, p. 231-250, 2022.

²² As an example, see the following tools already available on the market: RELATIVITY. *One platform for all your legal & compliance needs*; NEOWAY COMPLIANCE. *Diligência prévia completa e gestão de compliance para análise e prevenção de riscos*; UPLEXIS. *Atualize seu processo de tomada de decisão*. For a more detailed analysis, see: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e..., p. 372.

monitoring and supervising the work environment and tools, as well as the workers themselves. Furthermore, its capabilities can also be used in the measures of CII themselves, whether merely because of the immense amount of data it can store and which may be of interest for fact-finding, or because of its potential to effectively assist in conducting interviews, analyzing data and making decisions and predictions.

In order to better understand how new technologies such as AI can be employed in CII, we first need to understand what these procedures are. CII can be considered a set of procedures conducted within a given company, with or without the help of external professionals, with the aim of investigating facts showing signs of legal, ethical or bylaw violations that come to its knowledge. They cannot be confused with day-to-day supervisory activities, or with due diligence procedures, since they have a reactive and non-day-to-day nature²³.

Even if not considered *legally obliged* to do so, companies have a *burden* of investigating²⁴ the facts that occurred within their scope,

²³ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020, p. 294.

²⁴ In a different sense, Leon Alapont considers that, in light of the Spanish legal system, there is an unavoidable obligation to conduct CII when the company is aware of possible risks and compliance violations. See: LEÓN ALAPONTE, José. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 341. We dare to disagree with this position. Although we recognize that the failure to conduct this procedure may be a considered negative aspect, in a specific case, within the scope of the judgment on the effectiveness of the compliance program for the purpose of obtaining a certain criminal procedural benefit (in this case, exemption from criminal liability of the person legal), we did not identify in Art. 31, bis, 5, 4th, of the Spanish Penal Code, an *obligation* to conduct them, precisely because it will depend on the judge, in the concrete case, to assess when the legal entity made the sufficient and necessary efforts to ascertain the facts. In some hypotheses, when the facts are evident, it will often not be necessary to conduct a CII itself, without this absence implying a failure in the compliance program. Think, for example, of cases in which a certain employee is “caught” attacking or harassing a colleague or third party, or committing some other offense that does not require further investigation. In these cases, internal measures (sanctions, dismissal) and external measures (notification of the authorities) can be taken without initiating a proper internal investigation procedure.

since not doing it may end up calling into question the adequacy and effectiveness²⁵ of their compliance programs and, consequently, affecting possible procedural benefits derived from them, such as non-prosecution agreements, penalty reductions or even the exclusion of corporate criminal liability^{26,27}.

²⁵ As highlighted by Adán Nieto Martín, the effectiveness of a compliance program can be assessed in two different ways, depending on its purpose. The *retrospective valuation* analyzes the effectiveness of the program in relation to the moment in which the facts were committed, in order to verify if the company had the necessary controls to avoid the unlawful occurrence. In some legal systems, such as Spanish, this assessment is important to determine whether the company should be held criminally liable and can have its sentence mitigated. In turn, the *prospective valuation* aims to analyze the entire program in relation to a certain type of crime, not being limited, however, to a specific occurrence. In the Spanish system, this evaluation is important to know the type of sanction. In some other countries, there is also the possibility of submitting the company to a kind of probation or entering into certain agreements. See: NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento?. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 6-26. p. 7-9.

²⁶ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 159, p. 297-339, set./2019, p. 315; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021, p. 1466. In a similar sense, Montiel states that any obligation to conduct internal investigations can only be identified with regard to the requirements of good governance derived from compliance, since, legally, there is no such obligation. See: MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XL, p. 251-277, 2013. p. 262-265.

²⁷ On this point, we disagree with Sahan and Moosmayer, who understand that from Article 130 of the *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)* it is possible to derive an obligation to conduct CII. In our point of view, when establishing the administrator's obligation to take the necessary supervisory measures to prevent non-compliance with the obligations of the establishment or company, under penalty of administrative infraction, the Law does not specify what these measures are, making no express mention of conducting CII. Therefore, we understand that whether or not to carry out this procedure ends up being at the discretion of the administrator or person competent to

The investigative procedures tend to follow a minimally uniform rite, subject to some obvious particularities of the corporation and its scope of activities. As a rule, the company becomes aware of facts that are potentially illegal, or contrary to its internal rules, from denouncements through communication channels²⁸, its daily supervisory activities or

do so, as to what measures would be necessary in the specific case, without prejudice, of course, that these may be considered insufficient in the future and that the legal entity and its representatives suffer the consequences of this choice. We analyzed this problem in detail in: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRIM: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 215-237. See also: SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-259. p. 248-250; MOOS-MAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 137-144. p. 138.

²⁸ As Beatriz García-Moreno explains, through the so-called *internal whistleblowing*, companies are expected, among other measures, to implement reporting channels so that their employees and other people close to the corporation can report certain irregularities internally, which will be subject to investigation and sanction by the company itself. See: GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 249. The Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law provides for the obligation of legal entities with 50 or more workers (or even fewer, in specific cases), to establish internal reporting channels. The procedure for these channels is provided for in Article 9 in the following terms: “Article 9 Procedures for internal reporting and follow-up 1. The procedures for internal reporting and for follow-up as referred to in Article 8 shall include the following: (a) channels for receiving the reports which are designed, established and operated in a secure manner that ensures that the confidentiality of the identity of the reporting person and any third party mentioned in the report is protected, and prevents access thereto by non-authorised staff members; (b) acknowledgment of receipt of the report to the reporting person within seven days of that receipt; (c) the designation of an impartial person or department competent for following-up on the reports which may be the same person or department as the one that receives the reports and which will maintain communication with the reporting person

even externally, through the current or imminent promotion of a state investigation or criminal proceeding communicated directly to the company or reported in the media²⁹.

In some cases, as highlighted by Nieto Martín, depending on the origin of the complaint, it may be necessary to carry out a *preliminary investigation*, prior to the CII, in order to verify the degree of verisimilitude of the allegations, avoiding, thus, waste of the company's financial resources, as well as unnecessary interference in the scope of the rights of any persons being investigated³⁰.

Subsequently, an *investigation plan* is defined. This phase is essential for previously assessing the costs and time required for the CII, as well as for defining the limits of the methods employed. Furthermore, it is at this stage that the competences within the procedure are defined, appointing a person or department responsible for the investigation and

and, where necessary, ask for further information from and provide feedback to that reporting person; (d) diligent follow-up by the designated person or department referred to in point (c); (e) diligent follow-up, where provided for in national law, as regards anonymous reporting; (f) a reasonable timeframe to provide feedback, not exceeding three months from the acknowledgment of receipt or, if no acknowledgement was sent to the reporting person, three months from the expiry of the seven-day period after the report was made; (g) provision of clear and easily accessible information regarding the procedures for reporting externally to competent authorities pursuant to Article 10 and, where relevant, to institutions, bodies, offices or agencies of the Union. 2. The channels provided for in point (a) of paragraph 1 shall enable reporting in writing or orally, or both. Oral reporting shall be possible by telephone or through other voice messaging systems, and, upon request by the reporting person, by means of a physical meeting within a reasonable timeframe" (EUROPEAN PARLIAMENT; COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019: on the protection of persons who report breaches of Union law*. Available on: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1937/2023-05-02>>. Accessed on May 29th, 2023).

²⁹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. *Investigação defensiva corporativa...*, p. 298.

³⁰ NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones internas*. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 231-271. p. 235-236.

also deciding whether or not to hire external professionals³¹⁻³². In any case, internal or external lawyers must be granted the respective powers of attorney and signatures in the relevant terms of confidentiality must be taken from those involved in the investigation in order to ensure the legitimacy of the measures taken, as well as to preserve the secrecy of the information collected, if so decided³³.

Once the investigations themselves have begun, interviews are conducted, documents, audio and video recordings and other digital files (such as email messages, web files and hard disks) are collected and analyzed, and these may even be from working instruments – such as corporate computers and cell phones. Depending on the case and the area of activity, technical expertise may also be required³⁴.

It is precisely in the execution of these investigative activities that AI proves to be most useful. Attention is drawn, for example, to the

³¹ Ibidem, p. 240-241. It is also important to point out that it may be in the company's best interest that facts under investigation are not disclosed to a greater number of employees than is strictly necessary, as an early disclosure, even if limited to the company's internal scope, may represent severe disadvantages to it and unfair stigmatization of the investigated. See: PELZ, Christian. Offenbarungs- und Meldepflichten bei Internal Investigations. In: In: AHLBRECHT, Heiko et al (Hrsg.). *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2016. p. 605-624. p. 605.

³² As we have already analyzed in detail on other occasions, one of the main factors that can be considered by the company when deciding whether or not to hire external professionals concerns the undeniable controversy over the extent of professional secrecy to so-called in-house lawyers, with different positions on whether they would be covered by prerogatives such as the *work-product-protection* and the *attorney-client-privilege*. See in detail at: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional..., p. 316ff; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1468-1470. See also: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. "The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings": direito de defesa técnica e relações cliente-advogado no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 176, p. 257-272, fev./2021. p. 263-264; p. 315-320; GALEGO SOLER, José-Ignácio. Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Madrid: BOE, 2022. p. 1150-1165. p. 1154-1157.

³³ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas..., p. 240-242.

³⁴ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1470.

predictive surveillance of employees, through which, based on the analysis of a dataset, it is expected to determine with a high degree of precision which employees are more likely to commit acts of non-compliance, including criminal offenses³⁵. This dataset may include, for instance, audio and video files of environmental and telephone recordings, monitoring of e-mails and internet browsers, information about computer keystrokes, content published on social media and information regarding facial expressions, body heat, physical gestures and voice tones, being these later accessed through devices incorporated into workers' desks and offices³⁶⁻³⁷.

Some other systems already available on the market³⁸ are allegedly able to detect “sensitive keywords” in communications (videos, phone calls, emails, etc.) and send an alert to the responsible department, so that it can analyze the interlocution. In addition, they have the ability to measure the actual work time performed by the employee, comparing it with the time he deals with outside matters³⁹.

Focusing his analysis on the use of AI in lie detection systems, and its possible use in CII, Trentmann explains that the present and the future of technical lie detection involve the detection and evaluation by AI systems of verbal and non-verbal signals and patterns. During a statement,

³⁵ BURCHARD, Christoph. *Digital Criminal Compliance...*, p. 747.

³⁶ DEARDEN, Lizzie. *The Telegraph Backtracks on Sensors Monitoring Whether Journalists are Sitting at Desks Amid Outrage*. *The Independent*, Jan./2016; MOORE, Phoebe V. *The Threat of Physical and Psychosocial Violence and Harassment in Digitalized Work*. Geneva: International Labour Office. Bureau for Workers' Activities, 2018. p. 26; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 373; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

³⁷ Burchard mentions that these technologies are already in full swing, being known as *electronic performance monitoring*. The author exemplifies them with the use of GPS data and the (in theory, voluntary) implantation of chips in employees – a practice known as *chipping*. See: BURCHARD, Christoph. *Digital Criminal Compliance...*, p. 747; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

³⁸ These are some of the functionalities announced, for example, by the systems *Veriato* and *Veritone*. See: VERIATO. *Employee Monitoring & Insider Threat Detection Software*: see and understand exactly what your employees are doing; VERITONE. *Making the AI revolution work for you*.

³⁹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 373-374.

the system collects, through cameras and microphones, information about facial expressions, gestures, language use or the frequency of certain terms and formulations. Subsequently, it compares these data to the empirical knowledge stored by the system and assesses whether the information provided by the declarant is true or false. The author explains that AI works particularly with voice stress analysis and with facial or eye scanning, also being able, in a combined approach, to recognize patterns very quickly, even based on an almost infinite data repertoire⁴⁰.

Among the many examples of AI-based systems for the analysis of verbal, non-verbal and combined signals⁴¹, the so-called *Eye Detect* stands out for its application also in the private sphere⁴². As Trentmann explains, this system is owned by the American company *Conversus*, having been launched in 2019, but the technology used by it was created at the University of Utah in 2003 and has been improved since then. This software's approach is based on the observation that when a person is lying, their brain has to work harder, which ends up unconsciously affecting their eyes. Therefore, through high-speed cameras (especially infrared), the system records the reactions of the declarant's eyes to certain questions or situations, including changes in pupil diameter, eye movements, blinks or fixations. Its algorithm then calculates a credibility

⁴⁰ TRENTMANN, Christian H. W.. *Wahrheitsdetektionssysteme mit künstlicher Intelligenz: ein neues Legal-Tech-Modell für Internal Investigations*. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2022. p. 29-30.

⁴¹ The author cites and explains several examples of AI systems based on verbal signals (such as *Precire*, *VeriPol* and *Online Polygraph*), non-verbal signals (such as *Silent Talker*, *Facesoft*, *iBorderCtrl* and the aforementioned *Eye Detect*) and on combined analysis (such as *Real-life-Trial-Data-Analysis*, *DARE* and *AVATAR*). As the author points out, while a person can distinguish a true statement from a false one in 54% of cases (56% when prosecutors, judges and policemen), AI-based lie detection systems have an average hit rate of 79.17% when based on verbal signals, 87.75% when based on non-verbal signals and 82.67% when based on a combined analysis. See in detail at: TRENTMANN, Christian H. W. Op. Cit., p. 30ff.

⁴² It is estimated that there are around 500 users of this technology, in 42 different countries. In Spain, for example, an automotive repair corporation uses the system to find out if its mechanics are making unnecessary repairs to customer vehicles. See: HELLER, Piotr. Lügendetektoren: Kann dieses Auge lügen?. *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, 12.10.2019. p. 2.

value between 0 and 100, with any value below 50 indicating that the claim is a lie⁴³.

We, therefore, observe that there is great potential for using AI in CII and compliance programs as a whole. However, even though we recognize that this technology can in fact make these activities more efficient and effective, the risks derived from it are equally relevant, and hence reflections on its legal bases are fundamental, especially if we consider its possible implications in criminal proceedings.

When the investigations are completed, a final report will be prepared with their respective conclusions⁴⁴. The destination that will be given to the information obtained will be decided according to the specific interests of the company⁴⁵. If signs of practices that are illegal or contrary to the company's internal regulations are found, the corporation may choose to: i) apply internal sanctions, such as warnings, suspensions or dismissals; ii) safeguard the information for the preparation of the company's defense in future state liability procedures, including in court, presenting the evidence it deems appropriate in those respective moments; or iii) share with the competent authorities the information and evidence collected that it deems appropriate and relevant, requesting their incorporation in official investigations and bargaining for eventual procedural benefits, such as settlements, reductions in sentences or acquittals, if applicable⁴⁶.

It is precisely from the hypothesis of sharing the results of CII with the authorities that some of the most relevant controversies arise in this scope, not only due to susceptibilities to "risk shifting" or violation

⁴³ TRENTMANN, Christian H. W.. Op. Cit., p. 43ff.

⁴⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas..., p. 258.

⁴⁵ In the same sense, emphasizing that internal responsible persons may decide, on their own initiative, whether to investigate and subsequently report to the authorities: SAHAN, Oliver. Op. cit., p. 246.

⁴⁶ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa..., p. 299; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1471.

of rights and guarantees of those involved⁴⁷⁻⁴⁸. Since in these procedures possible criminal offenses are generally investigated, the information collected in CII will often not be limited to the defensive purposes of the legal entity⁴⁹, and may be of interest to public authorities for the

⁴⁷ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1472; CANES-TRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa..., p. 301. On the risk of risk shifting, that is, the behavior of administrators trying to transfer criminal responsibilities to occupants of lower positions or even to the legal entity, see: BALCARCE, Fabián I.; BERRUZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 163-164; LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1343-1420, out./1999. p. 1368 e ss. Neira Pena also highlights this concern, noting that the neutrality of the investigator may be at stake, especially in cases where the company's directors are investigated. According to the author, in some legal systems, this problem is faced by imputing the crime of *obstruction of justice* to those who hinder the proper conduct of CII. The option, however, is controversial, especially if we think of the legal entity as having the *right against self-incrimination*. See in detail at: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 344-347.

⁴⁸ The concern about the rights of whistleblowers can be observed, for example, in the Directive (EU) 2019/1937, which provides for measures to protect and support these agents. See: EUROPEAN PARLAMENT; COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019: on the protection of persons who report breaches of Union law*. Available on: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1937/2023-05-02>>. Accessed on May 29th, 2023. See also, as examples, the Laws that transposed the Directive to the internal legal systems of Portugal and Spain, in: PORTUGAL. *Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro: Regime Geral de Proteção de Denunciantes de Infrações*. Available on: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=3544&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Accessed on May 29th, 2023; ESPAÑA. *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Available on: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/20/2/con>>. Accessed on May 29th, 2023.

⁴⁹ On the relevance of compliance programs in the attribution of criminal responsibility to legal entities, see: SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2023. p. 150ff; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 160, p. 219-257, out./ 2019. p. 230ff.

purpose of ascertaining authorship and punishing the individual who committed the crime. For this reason, the transfer of this information to the criminal trial, either as defensive evidence from company, or through its collaboration with the authorities, raises numerous questions, starting with the compatibility of these private procedures with the rights and guarantees of those being investigated, such as the presumption of innocence, the contradictory and the right to non-self-incrimination⁵⁰. In addition, since the collection of evidence in this scope is carried out by private entities, generally dissociated from public authorities, there are doubts regarding the possible means of ensuring the reliability of the evidence collected in CII and how to fully certify the procedure that was carried out in the collection, transport and storage of these information, including the subjects who intervened in each phase of the process⁵¹⁻⁵².

The relevance of all these discussions enhances, in our view, if we consider the possible application of AI in CII, which is why it is fundamental to address the topic of possible legal frameworks for its employment and its possible criminal procedural implications.

⁵⁰ The issue becomes even more problematic if we observe that, in practice, those affected by CII tend to give up their most basic rights, such as the non-self-incrimination. This is due not only to the pressure (expressed or tacit, with the risk of dismissal) that is exerted on them, but also to the lack of understanding about the possibility that the information they offer may be passed on to public authorities in the future. See in detail: MOMSEN, Carsten. Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 6, p. 508-516, 2011. p. 512.

⁵¹ It is for this reason that we believe that the documentation of the chain of custody is also of paramount importance in the context of internal investigations. For a comprehensive study of this topic and its criminal procedural implications, see: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Cadeia de custódia...*, passim.

⁵² In this scope, the concern with the preservation of digital evidence deserves special attention, since, as with most white-collar crimes, CII also depend heavily on the analysis of computer systems. As Basar explains, also in this corporate context, the future use of collected evidence depends, in addition to other conditions, on whether the originality of the digital data is not in question. In this sense, see: BASAR, Eren. Anforderungen an die digitale Beweissicherung im Strafprozessrecht und in internen Untersuchungen. In: AHLBRECHT, Heiko et al (Hrsg.). *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2016. p. 635-647. p. 635; 642.

2. LEGAL GUIDELINES FOR APPLYING ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN INTERNAL INVESTIGATIONS AND THE POSSIBLE ADMISSIBILITY OF INFORMATION IN SUBSEQUENT CRIMINAL PROCEDURES

2.1. LEGAL REQUIREMENTS FOR DATA PROCESSING

When referring to the use of AI within the scope of CII, we must bear in mind that this technology inescapably depends on data that feed its system. For this reason, the first question to be answered is about the eventual legal permissibility and the possible limits for data processing in this scope.

As Victor Valente points out, the protection of personal data is a fundamental and extremely personal, autonomous right, being effectively a result of the functionalization of privacy. Personal data are, above all, components of personality or legal capacity, conferring rights to their holder and legal obligations regarding informational self-determination⁵³. In Brazil, the Federal Constitution provides in its Article 5th, X, the protection of the inviolability of private life, in addition to ensuring, in its item LXXIX, the right to the protection of personal data, including in digital media. In Europe, Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 16(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provide that everyone is entitled to protection of personal data concerning them.

If we take the Brazilian legal system as a basis, we will see that the General Data Protection Law (LGPD) excludes from its regime, among others, data regarding public safety and criminal proceedings⁵⁴. Likewise, the General Data Protection Regulation (GDPR) is also not applicable, within Europe, to data processed by authorities for the purposes of

⁵³ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *A proteção de dados pessoais no direito penal: uma análise crítica da criminalização nas perspectivas constitucional e de política criminal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 46-49.

⁵⁴ See Article 4th, in: BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Available on: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Accessed on February 27th, 2023. About this, see: GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 20.

“prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security”⁵⁵. However, in our opinion, these rules are not directly an impediment for data processing in CII. As we have already mentioned, not only the primary purposes of these procedures are neither strictly the public safety nor the investigation of crimes, but also there is a clear economic purpose when these activities are carried out.

This understanding also seems not to make CII incompatible with the provisions of Article 4th, §2nd, of the LGPD. It is a fact that this provision prohibits the processing of personal data by private persons for the sole purpose of investigation and criminal prosecution. However, as we have already pointed out, although these CII procedures can identify facts that fall under crimes, this is not their exclusive purpose. A contrary understanding, in our view, would make it impossible not only CII, but also compliance programs as a whole, hindering legal entities from fulfilling duties imposed to them by Law.

A point to be noted, however, is that, under the GDPR, the processing of data related to criminal convictions or offenses is not permitted, unless conducted under the control of an official authority or authorized by the law of a Member State of the Union, which also ensures rights and guarantees of the data subjects⁵⁶. The interpretation to be made of this article, in our view, is that the use of data related to possible criminal records as input to AI systems can only occur if the

⁵⁵ See Article 2 (2) (d), in: EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Available on: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Accessed on March 09th, 2023.

⁵⁶ See Article 10, in: EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Available on: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Accessed on March 09th, 2023.

investigation takes place with the knowledge and supervision of the state authority in question or if the law of the Member State authorizes it. Furthermore, when the occurrence of a criminal offense is verified during the investigation, the processing of data may continue to take place for the purposes of better ascertaining the facts only in cases where the law authorizes the company to investigate (eg, anti-money laundering laws) or with the knowledge of the authority.

The LGPD presents different requirements for their processing in the case of *personal data* or *sensitive personal data*⁵⁷⁻⁵⁸. In a very similar way, the GDPR admits the processing of data in the cases provided for in Article 6, while Article 9(2) provides for the exceptional situations in which the processing of “special categories of personal data”⁵⁹ will be admitted.

In light of these legislation, we can consider that the main legal bases that authorize the processing of data within the scope of CII are, in descending order of relevance, i) *compliance with a legal or regulatory obligation*, by the company; ii) *the regular exercise of rights in judicial*,

⁵⁷ For the purposes of this Law, “personal data” is considered to be information related to an identified or identifiable natural person, and “sensitive personal data”, those about “racial or ethnic origin, religious conviction, political opinion, union affiliation or organization of a religious, philosophical or political nature, data referring to health or sexual life, genetic or biometric data, when linked to a natural person” [free translation]. See Article 5th, in: BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Available on: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Accessed on February 27th, 2023.

⁵⁸ See Article 7th and 11, in: BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Available on: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Accessed on February 27th, 2023.

⁵⁹ Are thus considered: “1. Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation shall be prohibited”. EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Available on: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Accessed on March 09th, 2023

*administrative or arbitration proceedings; iii) the pursuit of legitimate interests by the company; iv) the consent of the holder*⁶⁰.

In order to justify this order, we must point out that in cases where compliance obligations are imposed on the legal entity by law, decrees or regulations⁶¹, they justify the processing of personal data as an indispensable measure for the fulfillment of these obligations. In our view, this legal basis overlaps with the hypothesis of regular exercise of rights in proceedings (expressly provided for only in the LGPD and not in the GDPR, except for sensitive data), because, although the legal entity has the legitimate right to defend itself, in some situations there would not be ongoing, or on the verge of being initiated, judicial, administrative or arbitration proceedings. Although the admissibility of this basis can

⁶⁰ Highlighting that the legal bases of the LGPD most commonly invoked by data controllers, regarding compliance and CII activities, are “legitimate interest” and “compliance with legal obligations”: PALHARES, Felipe; PRADO, Fernando; VIDIGAL, Paulo. *Compliance Digital e LGPD*. In: NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luís Eduardo de (coord.). *Coleção compliance*, v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook. N. P. Section 5.3.14. We did not list here the “public interest” provided for by the GDPR, because even though the invocation of this legal basis can be ventilated, the delimitation between CII that in fact pursue this objective (for example, the investigation of a crime that occurred in its environment) and those who seek to investigate facts that are only of their private interest seems to us to be very casuistic. The same can be said with regard to the provision, in both legislations, of the possibility for the purpose of fulfilling contractual obligations, as it would depend on an analysis of the provisions set forth in the concrete employment contract.

⁶¹ In the Brazilian Anti-Corruption Law (Law 12.846/13), for example, there is express recognition of compliance programs as relevant to the dosimetry of the sanction. In this regard, see in detail at: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-239. p. 190ff; FERNANDES, Fernando Andrade. Brasil. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (dir.); ONTIVEROS ALONSO, Miguel; ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (coord.). *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 155-241. p. 208ff. Regarding compliance duties in the scope of Anti-Money Laundering, specially in Portugal, see: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Programas de compliance e branqueamento de capitais: implicações da lei nº 83/2017, de 31 de agosto, no regime jurídico de Portugal*. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 3, p. 65-98, 2022.

be ventilated considering future hypothetical processes, the use of this legal basis is more appropriate when the company is actually defending itself, especially when sharing data with public authorities (a hypothesis that we will discuss in detail later).

The pursuit of the company's legitimate interest, although quite appropriate to the context of CII, is in third place on this list because, as can be seen from the aforementioned Article 11 of the LGPD and Article 9(2) GDPR, it is a hypothesis that does not support the processing of sensitive personal data, which will be of particular relevance (especially the biometric ones) if we consider the use of some AI systems in compliance programs and CII.

Finally, even though we consider the subject's free, informed and unequivocal consent necessary for each specific purpose of processing his/her data (including for subsequent purpose changes, such as eventual sharing with authorities), we understand that this should be the subsidiary legal basis in the case of CII and compliance programs. Firstly, because, pursuant to Article 8th, §5th, LGPD and Article 7(3) GDPR, consent may be revoked at any time, upon express manifestation by the holder. Also, because we have serious doubts about whether we can effectively talk about freedom of consent in labor relations. In other words, the fear of not being hired or, as the case may be, being fired, can hinder subordinate employees from exercising effectively, with freedom, their agreement or not with the processing of their data⁶².

However, in light of the GDPR, we understand that the consent of the data subject is essential, even if this is not the legal basis invoked by the controller, when it comes to data processing for the purposes of using autonomous systems and AI. This is because Article 21 provides that the subject may object, at any time, to the processing of their data based on the public interest or the legitimate interest of the controller (hypotheses (e) and (f) of Article 6(1) GDPR), for e.g. profiling purposes, unless the

⁶² Precisely in this sense: ARTICLE 29 WORKING PARTY. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*: Adopted on 28 November 2017. As last Revised and Adopted on 10 April 2018. Available on: <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051>>. Accessed on March 10th, 2023; PALHARES, Felipe; PRADO, Fernando; VIDIGAL, Paulo. Op. cit., N. P. Section 5.3.7.2.2.

controller demonstrates that there are “compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims”. Furthermore, in accordance with Article 22, the data subject has the right not to be subject to any decision based on automated data processing, which may produce legal effects or affect him or her in any way, unless, among other hypotheses, if authorized by the legal system in question or based on the explicit consent of the data subject⁶³. For this reason, regardless of the legal basis used, we maintain that there must also be the explicit consent of the data subject, including which data will be processed, for what purposes, and even which technological systems will be employed in the processing of this data.

Despite this order listed above, we maintain that, provided that the respective requirements are met, any of these legal bases can be invoked to substantiate the processing of data within the scope of compliance programs and CII. Legal authorization, however, although imperative, is not enough. The guiding principles of data processing must also be observed.

In a monograph on the subject, Gleizer, Montenegro and Viana maintain that the processing of data for purposes of public security and criminal investigations must comply with two fundamental principles: the *necessary reserve of law* (in the sense that all data processing presupposes authorization by law) and the *prohibition of excess* (in the sense that the proportionality of interventions must be observed)⁶⁴. Although the purpose of CII is not strictly the investigation of crimes, we understand that these two principles can also guide the processing of data in this private sphere, not only because they are not incompatible with the LGPD and GDPR (quite the contrary), but, also, precisely because is possible that,

⁶³ See Articles 21 and 22 in: EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Available on: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Accessed on March 09th, 2023.

⁶⁴ In this sense: GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Op. Cit., p. 40.

within the scope of these CII, facts of criminal relevance are investigated and may be of interest to state investigations and proceedings.

Legal authorization refers precisely to the cases mentioned above, in which data processing is authorized. With regard to the test of proportionality, it refers to the balance that must be made between the means used by the data controller and the purposes sought by the processing. The criteria that must be observed in this proportionality test are, according to the authors: i) the legitimacy of the purpose, that is, that the purpose pursued must actually correspond to interests related to the common good; ii) adequacy, in the sense that the means chosen must be able to promote the purpose in question; iii) the necessity, in the sense that there should not be less onerous and equally efficient means to achieve the purpose in question; and iv) proportionality in the strict sense, in the sense that the severity of the intervention and the common interests pursued must be pondered⁶⁵.

According to the authors, this proportionality test is precisely materialized through the list of principles that is brought by Articles 6th of the LGPD and similar articles in the GDPR and DPD⁶⁶. In short, they are: *good faith*; i) *purpose* (legitimate, specific, explicit, and informed purposes to the holder); ii) *adequacy* (processing according to the purposes informed to the data subject and the context of the treatment); iii) *necessity* (processing limited to the minimum necessary to achieve the purposes); iv) *free access* (facilitated and free consultation by the holders, of the form, duration and completeness of the data); v) *data quality* (accuracy, clarity, relevance and up-to-date data); vi) *transparency* (clear, precise and accessible information); vii) *security* (protection against unauthorized access, destruction, loss, alteration, communication or diffusion); viii) *prevention* (measures to avoid harm); ix) *non-discrimination* (prohibition of treatment for unlawful or abusive discriminatory purposes) and x) *responsibility and accountability* (clear demonstration of personal data protection measures and their effectiveness)⁶⁷.

⁶⁵ Ibidem, p. 58.

⁶⁶ Ibidem, p. 59.

⁶⁷ See Article 6th, in: BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Available on: <<https://www.planalto.gov>.

Responding, therefore, to the question raised at the beginning of the topic, we understand that the processing of data for the purpose of applying AI in the scope of CII does not find obstacles, either in the LGPD or in the GDPR, being admitted, provided that it is supported by at least one of the legal hypotheses and respects the proportionality between the legitimate purpose sought and the means applied.

2.2. (IN)ADMISSIBILITY OF AI SYSTEMS IN CORPORATE INTERNAL INVESTIGATIONS

A different question is to know which AI instruments would be admissible in the field of CII. Since they are very efficient in collecting, processing and storing data, as well as in predictions and decision-making, they open the door for the company to obtain a multitude of data and information from its employees, in addition to, in cases with more advanced systems, performing real-time monitoring and enabling automatic decision-making. However, even if there are eventually no problems in data processing, it is certain that the company will not be able to apply any and all AI systems without considering some rights and guarantees of those involved. Concerns about the level of intrusion into workers' privacy, secrecy of communications⁶⁸ and even physical integrity are evident⁶⁹.

A first limit to be observed is that of *legality*, that is, the adoption of these instruments must find legal support. As a rule, employer supervision

br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Accessed on February 27th, 2023. For a detailed analysis, see also: VALENTE, Victor Augusto Estevam. *A proteção de...*, p. 64ff; PALHARES, Felipe; PRADO, Fernando; VIDIGAL, Paulo. Op. cit., N. P. Section 5.2.

⁶⁸ According to Adán Nieto Martín, the difference between the two lies in the moment when the intervention takes place. When access to the content of a communication is given “live”, at the time it occurs and affecting the channel in which it develops, the restricted right is that of *secrecy of communications*, which enjoys jurisdictional guarantee and requires a court order. On the contrary, when control takes place *a posteriori*, through access to the content of the communication, the affected right is privacy. See: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones internas...*, p. 250.

⁶⁹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 376.

and control measures are based on the *employer's directive power*⁷⁰, which attributes to him/her the burdens and powers related to the control of the work environment, the company's assets and employees. However, it is certain that these powers are not unlimited, encountering barriers precisely in the constitution, in the laws and eventually in collective agreements.

In Spain, for example, the Workers' Statute is clear in its Articles 20.3 and 18, that the employer can adopt the measures he/she deems opportune for the surveillance and control of the worker's labor obligations and duties, as well as for the protection of the business assets⁷¹. According to Gómez Martín, within the scope of this company's right to inspect its workers, there are two very distinct groups of cases: i) the right to register the worker, his locker and his personal objects; and ii) the right to supervise the work instruments that the employer makes available to the employee. In the first case, it is a very exceptional measure to be taken only in the working environment and hours, and must also respect, to the maximum, the worker's dignity and privacy. In turn, the second group encompasses the installation of cameras, microphones and other technological forms of communication control, especially those carried out in the computers and cell phones provided by the company. It is important to point out that, although based on the rights and duties assumed in the employment contract, especially the employers' right to supervise and control their means of production, properties and employees, this control cannot be unlimited either. Even if provided for work purposes, work tools (such as cell phones and corporate computers) may be used

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 662; BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 462; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 373; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

⁷¹ See: ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Available on: <<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>>. Accessed on March 03th, 2023. See also: LEÓN ALAPONT, José. *Medios de tecnovigilancia e investigaciones internas en el ámbito empresarial: algunas consideraciones sobre la tutela penal y procesal del secreto de las comunicaciones la intimidad (¿derechos negociables?)*. In: ROPERO CARRASCO, Julia (coord.). *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 114-141. p. 127.

in some specific cases for personal purposes, especially outside working hours or during rest periods⁷².

In Brazil, the legislation is not clear and much less extensive in this matter. Initially, it is understood that the directive power of the employer is based on Article 2nd CLT, when considered as the person who directs the personal provision of service. This is a power derived from the labor contract itself and whose content can be divided into *organizational, control* and *disciplinary powers*⁷³. Concrete provisions, however, about which control measures are permitted or prohibited are scarce⁷⁴. Article 74 allows, in a general way, the control of working hours, which may be manual, mechanical or electronic. Furthermore, Article 373-A, item VI, prohibits intimal searches of female employees⁷⁵.

One could question, for example, in light of the lack of legal authorization and mainly in view of the reserve of jurisdiction in the matter, whether the employer would be authorized to intercept (including with technological systems, perhaps with AI) employees' communications. Gustavo Garcia, considers it inadmissible, since telegraphic, data and telephone communications are inviolable, except, in the latter case, with a court order for the purposes of investigation and criminal proceedings. Although the constitutionally foreseen inviolability is unquestionable, we understand, however, that a possible obstacle would not be based on this

⁷² GÓMEZ MARTÍN, Victor. Compliance y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 125-146. p. 132-135.

⁷³ See: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook. N.P. Section 11.5.

⁷⁴ Amauri Mascaro and Sônia Mascaro draw attention, for example, to the fact that the personal search arose from usages and customs, and just cannot be abusive. For the authors, the new technological control mechanisms, among which those that make use of images or sensors, must obey the same principles, balancing in the specific case, the dignity and privacy of the employee and the requirements of security and organization. See: NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014. 29. ed. Ebook. N.P. Chapter 43. Section 11.

⁷⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Available on: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Accessed on March 03th, 2023.

issue. If, on the one hand, terminologically speaking, the recording of a conversation between two agents by a third party would fit the concept of a *telephone interception* or an *environmental interception*, on the other, it would not affect the freedom of communications and intimacy, if (and only if) interlocutors have previous knowledge of the recording⁷⁶. By this we mean that the eventual use of AI systems that monitor telephone, telematic or environmental communications does not violate Art. 5th, XII, CF, provided that there is knowledge on the part of the interlocutors. This does not mean, of course, that this employment is *proportional*, a criterion that we will discuss later.

Directly related to the abovementioned issue, we can also identify as one of the main limits that must be observed (not only when applying new technologies, such as AI, but in CII as a whole) those spaces in which there are *expectations of privacy* on the part of those investigated. Even if provided for work purposes, it is commonplace, in practice, for employees to use some work tools, such as cell phones, computers and corporate e-mail, also to deal with personal matters. This is an undeniable result of today's fluidity of boundaries between the work and home environment, accentuated by phenomena such as the digitalization of work and the home office⁷⁷. For this reason, there are precedents and it is well recognized in the doctrine that there is an *expectation of privacy*

⁷⁶ According to the classification presented by Badaró, *telephone interception* is configured when there is telephone communication, with third-party interference, without the interlocutors' knowledge; *wiretapping*, when there is telephone communication, with the interference of a third party, with the knowledge of one of the interlocutors; *clandestine telephone recording*, when the telephone communication is recorded by one of the interlocutors; *environmental interception*, when a third party records a conversation between those present, without the knowledge of any of them; and *clandestine environmental recording*, when one of those present records a conversation, without the knowledge of the other. For the author, situations in which there is environmental or telephone recording, by one of the interlocutors or by a third party, with everyone's knowledge, do not enjoy legal relevance in terms of freedom of communications or protection of privacy. See with details and references at: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 592.

⁷⁷ OIT. *Trabalho em tempos de COVID: Relatório do diretor-geral*, Conferência Internacional do Trabalho, 109ª sessão, Genebra, 2021. p. 14.

and consequent limits to the inspection and monitoring of information stored in cell phones, computers, e-mail and other work instruments⁷⁸.

This expectation, however, may be excluded, in the specific case, when the employer gives the employee *prior and explicit notice* that the objects and tools are to be used exclusively for work purposes, defining the limits of permissibility for their use and making it clear that they can be inspected and what the concrete information that can be collected from them will be⁷⁹.

⁷⁸ See: ECHR. *Case of Copland v. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Available on: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Accessed on June 10th, 2021; BRASIL. TRT-9. *TRT-PR-02822-2001-660-09-00-8 (RO-05568-2002) – Acórdão-06845-2003*. Rel. Juíza Janete do Amarante. Diário da Justiça Paraná, XLIX, Edição digitalizada n. 6343. Curitiba, 6ª feira, 04 de abril de 2003. p. 397. Available on: <<https://www.tjpr.jus.br/diario-da-justica>>. Accessed on June 10th, 2021; ESPAÑA. TS. SALA DE LO PENAL. *STS 1486/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1486*: Sentencia núm. 328/2021. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 22.04.2021. Available on: <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24eb9f320e282b0b4267378998e-9c61ee7>>. Accessed on March 10th, 2023; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 376-377. For a detailed analysis of the Spanish judgment 328/2021, see: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas? Reflexiones en voz alta sobre la sentencia de tribunal supremo 328/2021, de 22 de marzo*. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Madrid: BOE, 2022. p. 1167-1178. p. 1174ff. On the contrary, rejecting this expectation of privacy: ESPAÑA. TS. SALA DE LO SOCIAL. *STS, 6 de Octubre de 2011*. Ponente: Jesus Souto Prieto. Available on: <<https://vlex.es/vid/-347104538>>. Accessed on March 10th, 2023.

⁷⁹ See: BRASIL. TST. RR - 61300-23.2000.5.10.0013. 1ª. Turma. Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/05/2005. Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Available on: <<http://www.tst.jus.br/>>. Accessed on June 10th, 2021; ECHR. *Case of Bărbulescu v. Romania*. Application n.º 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007. Available on: <<http://www.marincastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v.-ROMANIA.pdf>>. Accessed on June 10th, 2020; PORTUGAL. STJ. *Processo 07S043. N.º Convencional JSTJ000. N.º do Documento SJ200707050000434*. Rel. Mário Pereira. Data do Acórdão: 05/07/2007. Available on: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d-58025735900331cc3?Open-Document&Highlight=0,07S043>>. Accessed on June 10th, 2021; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 377; GÓMEZ MARTÍN, Víctor.

It is also important to mention, as Montiel does, that there are certain areas in which the *expectation of privacy is unchangeable*, as an eventual breach would affect an intangible core of intimacy, referring to the most private and personal sphere of workers. This would be the case, for example, of digital files from recordings made in locker rooms and bathrooms, genetic tests and compulsory intimate searches⁸⁰.

But attending the employee's expectation of privacy is not enough to attest to the legitimacy of the employer's intervention. In our view, it is necessary to balance the interests based on the *proportionality test*⁸¹, assessing whether, in the specific case, i) the measure restricting the worker's right is likely to achieve the desired purpose (*adequacy judgment*); ii) if there are no other equally effective measures that restrict to a lesser degree the worker's right (*necessity judgment*); iii) whether the concrete restriction of the worker's right results in more benefits for the common good than its preservation to the detriment of the purpose sought (*proportionality in the strict sense*)⁸². Gómez Martín understands as

Compliance y derecho..., p. 134-135; ECHR. *Case of Copland v. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Available on: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Accessed on June 10th, 2021.

⁸⁰ For the author, postal or electronic correspondence of a personal nature, as well as lockers and offices assigned for personal use, also fall under this category. See: MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 221-243. p. 234-235.

⁸¹ In the same opinion: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Madrid: BOE, 2022. p. 989-1000. p. 997-998; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derecho..., p. 133. Also highlighting the rule of proportionality, plus the employee's consent, as pillars of authorization of compliance programs, especially in light of Article 32 of the BDSG, see: MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar et al. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 147-167. p. 151ff.

⁸² ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER

disproportionate, for example, using technological instruments to carry out constant and indiscriminate surveillance of everything that appears on the worker's computer screen, without distinction between what is personal and what is related to work⁸³.

In the light of what has been exposed so far, we can observe that this judgment made between the interests at stake in the specific case, based on the proportionality test, is perhaps the most fundamental criterion in assessing the admissibility or not of AI systems in CII. As we have explained, the criterion of legality ends up being fulfilled not only by the norms that authorize the necessary measures to implement the employer's directive power, but also by those that encourage the adoption of specific supervision and control measures within the scope of compliance programs. Therefore, with the exception of some occasional express prohibitions, AI systems in this field are not illegal.

Likewise, it has been demonstrated that there are spaces in which the employee's expectation of privacy must be respected, and in some cases it cannot even be waived under any circumstances. However, fulfilling this criterion does not impose severe practical difficulties either, since it demands mere prior and detailed information to the employee about the limits of use and the possibility and means of surveillance. In addition, we cannot forget the undeniable position of vulnerability in which workers find themselves, which is why we believe that, even if notified, they will often not be in full conditions to truly understand the implications of the situation they are facing, or not interested in extend the discussions regarding it, precisely due to the fear of being fired or not being hired.

The proportionality test, in turn, ensures the analysis, in the specific case, of what technology is being used, which rights are being restricted, what the expected benefit of this use, the level of suspicion and the severity of the facts are, in addition to other important for the analysis of the admissibility, or not, of using the system. We understand that an absolute answer, either in the sense of full admissibility or in the sense of an absolute ban on AI in CII, would not be satisfactory.

FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 197-228. p. 205.

⁸³ GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derecho...*, p. 135.

It is evident that companies are currently in an uncomfortable position of complying with an immensity of duties imposed by law and regulations, whose non-compliance can bring severe reputational and financial consequences and especially in terms of liability, including criminal responsibility. And it is also true that emerging technologies, in which we include AI, are fundamental for compliance, aggregating in terms of efficiency and effectiveness.

However, if even within the scope of criminal investigations and prosecutions, not any and all measures based solely on efficiency are admissible, much less will they be in this environment of *privatization of criminal procedure*⁸⁴, in which there is often no suspicion of an illegal act, since many instruments are used for day-to-day supervision and monitoring purposes.

Based on what has been said, we consider unacceptable, for example, any kind of polygraph, such as those exposed in the first topic⁸⁵. At stake, in our view, is the constitutional guarantee that no one will be subjected to torture or inhuman or degrading treatment, provided for in Brazil in Art. 5th, II, CF⁸⁶. Despite its alleged efficiency for detecting lies, which would make it *adequate* for achieving its purposes, we understand that there are less harmful means to the rights of those being investigated, which would mean that it would not pass the criterion of *necessity*. It could be argued that it is more effective than other means. However, even if that is the case, the investigation of relevant facts for the company⁸⁷

⁸⁴ On this “privatization”, see: ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 119-128, jan./abr. 2018. p. 121-122.

⁸⁵ On the contrary, admitting it solely for the purpose of exculpation and when the initiative for its use came from the employee himself: TRENTMANN, Christian H. W.. Op. Cit..

⁸⁶ In this sense: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 513.

⁸⁷ We understand that the facts discovered in interviews have their relevance restricted to the business environment, because, as we will explain later, we sustain, following Canestraro, that interview reports cannot be transferred to criminal procedures. See: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 93-94.

certainly does not prevail over the protection of human dignity, object of protection of the guarantee in question.

2.3. LEGAL BOUNDARIES ON THE TRANSMISSION TO CRIMINAL PROCEEDINGS OF INFORMATION OBTAINED IN INTERNAL INVESTIGATIONS WITH THE ASSISTANCE OF AI

Although the investigation of crimes is not necessarily the purpose of CII, it is true that the facts ascertained within their scope may correspond to criminal offenses. That said, even though conducted in a private environment, by entities dissociated from public authorities, CII become a relevant problem in criminal procedural terms from the moment that the company, upon completing the investigation, decides to share the established information with the public authorities for the purpose of obtaining the appropriate benefits (possible mitigation or exemption of penalties, conclusion of agreements, etc.) or even present them in the context of their defense in judicial or administrative proceedings that are brought against them.

However, it is evident that the conclusions of the investigation will not always be limited to demonstrating, if that is the case, the correctness of the organization, controls and business procedures, but will often indicate who the people who circumvented the compliance program and committed the crimes were. This raises a number of questions, especially with regard to the admissibility and probative value of the conclusions of CII and the documents collected in them, in future criminal proceedings.

On the one hand, it is true that the debates on how to guarantee the reliability of the elements of information collected in CII and whether and how to make these procedures compatible with criminal procedural guarantees such as non-self-incrimination, the contradictory and the presumption of innocence, have already existed even before the massive use of AI in these activities⁸⁸. However, the progressive use of these

⁸⁸ As Neira Pena points out, even though at first glance they may seem unrelated to CII, some rights and guarantees of those being investigated, such as the presumption of innocence, the right to remain silent, not to incriminate oneself and to have a private lawyer, must, in fact, be observed, otherwise, the use of this information in a future investigation or criminal proceeding may be rejected. See: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de...*, p. 361-362. On

technologies tends to accentuate the relevance of these discussions, especially if we consider that, in addition to their indisputable benefits, they have serious limitations and risks⁸⁹.

A first limitation, already widely pointed out by the doctrine, is the *opacity* of AI systems. This means that, due to its technical complexity, this technology imposes severe difficulties on the human understanding of its internal procedures, the decisions that underlie decision-making and even the data that are used as input, to reach of a given output. That is, even though we have access to the concrete decision taken by the system, understanding its “hows” and “whys”, when possible, is very difficult⁹⁰⁻⁹¹.

this topic, especially on the impossibility of waiving the right to non-self-incrimination in the employment contract, see: SILVA, Douglas Rodrigues da. *Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova*. Londrina: Thoth, 2021. Ebook. N.P. Section 4.3.3.

⁸⁹ See: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e responsabilidade penal no setor da medicina. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 17, n. 34, p. 37-63, jul./dez. 2020, p. 44ff; JANUÁRIO, Túlio Xavier. Inteligência artificial e direito penal da medicina. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal, volume II*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 125-174, p. 135ff.

⁹⁰ See: BURRELL, Jenna. How the Machine ‘Thinks’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms. *Big Data & Society*, v. 3, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2016, p. 1; WIMMER, Miriam. Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: Um Panorama dos Principais Desafios. In: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (eds), *Direito Digital: Debates Contemporâneos*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; Ebook. N. P. Chapter 1. Section 3.; RODRIGUES, Anabela Miranda. Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal, vol. 1*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 11-58. p. 25; DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 55, p. 1-29, 2021, p. 4; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (high-frequency trading – HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 29, n. 186, p. 127-173, Dec./2021, p. 159. Nieva Fenoll also highlights the difficulties imposed by intellectual property issues. See at: NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 143.

⁹¹ This opacity is increased if we consider that the companies responsible for the development of this technology are generally protected by trade secrets

This opacity also has, as one of its consequences, doubts related to the data used as input, either with regard to the legality of their obtaining or their own quality. In this sense, as Miró Lliñares points out, today's data collection differs from that carried out in the past, which always depended on minimally conscious and active conduct by their holders. Currently, data are shared on a massive scale, causing well-founded fears of disproportionate violations of people's privacy. Furthermore, poor data quality can be caused by poor qualification by the programmer, collection over a very short period of time, or the simple fact that the data in question are not representative. In either case, the invalidity or inaccuracy of the data will increase the chances of inaccurate outputs and, consequently, of errors⁹².

Finally, we must also not forget that, due to their ability to "learn" from their past experiences and autonomously adapt their own algorithms,

and intellectual property rights, having no interest in making public some aspects of their production. See: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión. In: CALAZA LÓPEZ, Sonia; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes (dir.). *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022. p. 257-287. p. 262-263.

⁹² MIRÓ LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3. época, n. 20, p. 87-130, Jul./2018, p. 114ff. On the issue of data security and quality and their possible impacts, see: DE HOYOS SANCHE, Montserrat. El Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo". *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 76, p. 9-44, Oct./Dec. 2020, p. 16ff; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Considerações preambulares acerca das reverberações da inteligência artificial no direito penal. In: COMÉRIO, Murilo Siqueira; JUNQUILHO, Tainá Aguiar (orgs.). *Direito e tecnologia: um debate multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 295-314; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal. In: MOREIRA, Vital et al. (orgs.). *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*. Campinas/Jundiaí: Brasília/ Edições Brasil, 2021, p. 284-298, p. 286ff.

more advanced AI systems can end up proving to be unpredictable at a certain point, even for their programmers^{93,94}.

In our opinion, these limitations have the potential to further increase the risk of violating the rights and guarantees of those investigated in CII. The opacity of AI systems and the algorithms used by them tend to limit the concrete possibilities of those involved to understand and contest the decisions eventually taken against them. Likewise, the analysis of which dataset was taken into account for a given decision and, consequently, whether they were obtained in a lawful manner and operated in a non-imprecise or even non-discriminatory manner is quite an obstacle.

This framework reinforces what we have already argued on other occasions⁹⁵, in the sense that the transfer of information and documents from CII to the criminal process must be subject to rigorous analysis, and one cannot speak of unrestricted transmission of the integrality of the fruits of these procedures.

Initially, it is important to point out that sharing data processed within the scope of CII can configure, depending on the case, a change of purpose and, consequently, a new intervention. By this we mean that, if the legal basis used to authorize the processing of data has been other than the exercise of defense in judicial, administrative or arbitration proceedings,

⁹³ Precisely as Susana Aires de Sousa explains, one of the main specificities of autonomous systems lies in their ability to achieve *outputs* without human interference, based solely on information and experience acquired by them. As a result, *outputs* (even illegal ones) that were not even imagined by the programmers can be achieved. See: SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: 2020. p. 59-94. p. 64. See also: JANUÁRIO, Túlio Xavier. Veículos autônomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 95-128, p. 118ff; VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Inteligência artificial e o direito penal: a propósito da responsabilidade criminal em decorrência de sistemas tecnológicos altamente complexos nas empresas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023. p. 28.

⁹⁴ We addressed these aforementioned limitations also in: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

⁹⁵ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, passim.

sharing them for these areas will require a new legal authorization and judgment of proportionality in a broad sense. Consider, for example, the hypothesis that data processing initially took place only to fulfill compliance obligations (Art. 7th, II, LGPD). The use of these data for the exercise of defense in legal proceedings, even if to demonstrate the existence and effectiveness of the compliance program, constitutes a deviation from the original purpose, which does not necessarily prohibit their sharing, but demands a new analysis on the fulfillment of the requirements for this purpose.

The misuse of purpose configured by data sharing is observed even in the field of public entities. Citing the *principle of informational separation*, whose constitutional status in Germany had even been recognized by the BVerfG, Gleizer, Montenegro and Viana draw attention to the fact that data transfer between bodies of criminal prosecution, public security and intelligence, must be exceptional, and all exceptions must be clearly regulated and delimited by law, in authorization rules. According to the authors, any form of sharing implies an autonomous intervention in informational rights, as they represent a breach in the finalistic linkage⁹⁶.

As the authors argue, we can consider *data sharing* when two entities (even if carrying out activities of the same nature) or two departments within the same entity, exchange information, regardless of how they do it. For the authors, the *formal legality* of this sharing could be solved through the so-called *two-door model*, in the sense that is necessary a rule to authorize the entity that first collected and stored the data (primary controller) to give access to the information and another rule that authorizes the entity that will receive the data (secondary controller). The foundation of this proposition relies in the fact that data sharing involves two distinct interventions, each of which demands its own legal basis. The first would consist of changing the purpose that had determined the collection of data, with legal authorization specifying the extent of shared data and the new purposes for which sharing is acceptable. The second refers to the storage and use of data by the secondary controller, and the legal authorization must specify the conditions for processing

⁹⁶ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Op. Cit., p. 56-57.

the data and the standards of protection, including the duties of control and elimination⁹⁷.

The authors also support a second criterion, which is obligatory to observe in the context of sharing, which would refer to the *material principle of differentiation according to the proximity between the purposes of the collection and the new purpose sought with sharing*. This means that the greater the distance between these purposes, the more onerous the intervention and the higher the requirements to be observed for sharing. German doctrine, by the way, usually applies the so-called *hypothetical intervention doctrine*, which supports the possibility of sharing between entities only if the secondary controller has similar authorization for a hypothetical collection, under the same terms as the primary controller, including the one regarding gravity of the means employed by the latter⁹⁸.

Applying these considerations to the scope of CII, sharing the data collected in these procedures with the state investigation and prosecution authorities would require, in the first place, specific and clear legal authorization to change the purpose of data processing, that is, for sharing with the authority. In Brazilian law, this authorization is found in Arts. 7th, VI and 11, II, d, LGPD. Once this requirement has been met, it would be necessary legal authorization for the authority in question to receive data from CII. In the persistent lack of data protection legislation in the field of criminal justice in Brazil⁹⁹, the precise regulation of this matter is unfortunately still missing, and this analysis is only possible

⁹⁷ Ibidem, p. 135-138.

⁹⁸ Ibidem, p. 138-140.

⁹⁹ In Europe, data processing for the purposes of “prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offenses or the execution of criminal penalties” is regulated by Directive (EU) 2016/680. See: EUROPEAN UNION. *Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA*. Available on: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>>. Accessed on March 10th, 2023. In Brazil, although it is in the legislative process, we still do not have a data protection law in the field of criminal justice and public security.

in light of the rules on sharing information in specific areas (e.g., anti-money laundering; anti-corruption; state-owned companies, etc.) and, in the case of the criminal procedures, the rules of admissibility and valuation of evidence. The *material legality* does not seem to present major difficulties, since, despite the difficulties to do so, public investigation and criminal prosecution authorities have the means to request this information themselves.

It is also important to mention that if the legal basis used as fundament for processing data in CII has been the *consent of the holder* (Art. 7th, I; Art. 11, I, LGPD), it must contain, from the first moment, explicit information on its purpose to the holder, under penalty of a new legal basis or a new consent form being necessary¹⁰⁰.

As regards admissibility of documents collected within the scope of CII in criminal proceedings, we understand that some situations should be differentiated. In principle, these elements of information will be admissible in criminal proceedings when the company presents them in the context of its defense, precisely as a realization of its right of defense and right to present evidence. A contrary understanding, in our opinion, would represent not only an unacceptable violation of these rights, but also a factor that discourages the adoption of compliance programs and the conduction of CII¹⁰¹.

The issue is much more complex when it comes to the admissibility of elements of information from an CII, presented by the Public Prosecution, to the detriment of another defendant (an employee, for example), or even presented by the company's defense, in detriment

¹⁰⁰ As Gleizer, Montenegro and Viana point out, the fundamental rights that protect the conditions for the free development of the personality guarantee the predictability, on the part of the individual, about the use that will be made of his/her data. This means, in other words, that the purpose of the intervention must be determined in advance, at the time of data collection (*principle of finalistic linkage*), and that any subsequent change in this purpose must be justified, that is, any treatment with a purpose different from the one on which the collection was based, will configure an autonomous intervention act that will demand a new and autonomous legal authorization. See: GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 50-51.

¹⁰¹ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1483-1484; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligencia artificial y..., forthcoming.

to another defendant. In these cases, as noted, there is a conflict between the rights to contradictory and due process of the subject affected by the evidence and the right of defense of the defendants, especially of the company that conducted the CII¹⁰².

For these situations, we propose the following solutions: i) the elements of information will be admissible in criminal proceedings when presented by the defendant in his defense and will be fully valued for these purposes, except, of course, when obtained illegally¹⁰³.

ii) although admissible, the aforementioned elements of information, whether presented by the Public Prosecution, or presented by one defendant against another, can never be considered sufficient to substantiate a conviction. This is an intermediate proposal between full valuation and total non-admission¹⁰⁴, which aims to meet the functionality

¹⁰² JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1483-1484; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligencia artificial y..., forthcoming.

¹⁰³ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia..., p. 1483-1484; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligencia artificial y..., forthcoming.

¹⁰⁴ Greco and Caracas, for example, understand that there is a *prohibition of admitting evidence (Beweisverwendungsverbot)* whenever it is identified that the start of the CII was encouraged by the criminal prosecution bodies or if they postpone the start of state investigation procedures, for the purpose of taking advantage of the evidentiary material produced in private proceedings. See: GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danilo Tavares et al (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 787-820. p. 807ff. Although it is a well-founded solution and seems to solve the problem presented here, we have doubts about its practical usefulness, mainly due to the fact that the authors consider as an incentive any influence of the prosecution bodies on the formation of the company's will that results (from the perspective of adequate causality) in the initiation of the CII. As Engelhart points out, there are several levels of state incentives for these procedures, ranging from i) *pure self-regulation* (level 1), in which there is no public incentive, with the adoption of these programs being a mere option marked by market interests, up to a possible vi) *general obligation to implement compliance programs* (level 6). However, at intermediate levels, there are still very relevant incentives, which are certainly considered by corporations when deciding whether or not to promote a compliance program and an internal investigation. In addition to ii) *public informal support* (level 2), with the promotion of courses and training programs, Engelhart identifies: iii) *rewards for compliance*, through non-prosecution agreements and penalty reductions, for example (level 3); iv) *punishment for failures or lack of*

of compliance programs (especially in their aspect of collaboration with the state), without disregarding the rights to due process and contradictory of the affected subjects¹⁰⁵⁻¹⁰⁶. Proposing this solution, Anna Carolina

compliance, through the aggravation of penalties or even the judicial determination of the implementation or correction of a compliance program (level 4); and v) *exclusion of corporate criminal liability for the adoption of effective compliance programs* (level 5). See: ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. p. 21-30. In practice, therefore, cases in which there will be no incentive for these procedures will be very rare, if not non-existent, which would result, therefore, that any and all elements of information arising from these investigations would be inadmissible.

¹⁰⁵ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Cadeia de custódia...*, p. 1483-1484; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

¹⁰⁶ A different solution is proposed by Hernandez Colomer. The author classifies CII as *preventive investigations* (daily supervision of the company and of the compliance program); *confirmatory investigations* (to prove or clarify facts identified in the scope of preventive investigations) and *defensive investigations* (carried out after the beginning of the state procedures, for the purpose of defending the legal entity). For the author, preventive investigations, carried out based on the directive power of the employer, admit greater violations of fundamental rights of the employee, but the elements of information obtained from them should not be admitted in criminal proceedings. On the other hand, the elements of information obtained through confirmatory or defensive investigations, have much narrower limits of violation of employee rights. However, in case of violation of these rights, they cannot be accepted either, as there is a link between the business activity of investigation and the state's interest on investigating the facts. See in detail at: COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.); MADRID-BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 609-652. Although this is a very interesting and well-founded option, we disagree on some points. Initially, we understand that the day-to-day supervision of the company cannot be considered an investigation itself. However, our main question regarding this position concerns its practical consequences related to the evidentiary admissibility in criminal proceedings. Although we agree with the premise that there are different limits to be observed when dealing with daily supervision activities or CII, we understand that any inadmissibility of any and all information arising from what the author calls "preventive investigations" would be easily circumvented in practice, by, for example, subpoenaing the compliance officer as a witness in court, or requesting expert examination

Canestraro explains that the sharing of information from CII with the criminal procedure must be subject to a new judgment of legality and proportionality, which is usually positive (with the exception of interview reports)¹⁰⁷. However, since they have not been produced under contradictory, these elements themselves cannot justify a conviction, being sufficient only to form the *opinio delicti* of the Public Prosecution, in a regime similar to that of state investigation acts¹⁰⁸.

iii) finally, as a result of the two premises mentioned above, we maintain that the elements of information presented and admitted as defensive evidence of the company cannot be valued for the purpose of substantiating the conviction of another defendant. The solution to this impasse, in our view, lies between two alternatives: i) the first of them, supported by the majority doctrine¹⁰⁹, would be to consider that, even though natural and legal persons enjoy the right of defense and procedural guarantees related to it, they would not necessarily have the same “weight” for both. That is, in case of conflict between the rights of defense of natural and legal persons, the ones of natural persons

on digital files of the company. Once public and private investigators already know what exactly to look for, it is very simple to collect other elements of information that prove the fact.

¹⁰⁷ The author understands that the repetition in court of the hearing of the people interviewed in the scope of CII would not result in any loss in terms of effectiveness of the verification of the facts, in addition to ensuring the rights of the interviewee in a more incisive way. Therefore, she understands that, within the scope of the proportionality test, sharing the interview report with the criminal procedure does not meet the requirement of *necessity*, and is, therefore, not admissible. See: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas...*, p. 93-94. See also: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 321-339, mai./jun. 2015. p. 334.

¹⁰⁸ CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas...*, p. 95ff; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial e...*, p. 384.

¹⁰⁹ In this sense: BRODOWSKI, Dominik. Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure. In: BRODOWSKI, Dominik et al. (eds.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer, 2014. p. 211-225. p. 219-221; ANTUNES, Maria João. *Privatização das investigações...*, p. 126-127. For a detailed analysis of the legal person's procedural rights and guarantees, see: ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 45ff.

would have primacy. The foundations for this position would be: due to the nature of legal persons, their fundamental rights would admit some relativizations; some procedural rights are linked not only to the guarantees directly related to equality of arms in criminal proceedings, but also to the dignity of the human person, which does not extend to legal persons¹¹⁰. II) The second possibility, which in our opinion would be the most appropriate, would be the use of the faculty provided for by some legal systems, that is, the separation of processes. This is the case, for example, of the Brazilian legal system, which allows the judge, in Art. 80 CPP¹¹¹, the separation of processes when deemed convenient for a relevant reason¹¹².

It is clear that, assuming the admission of these elements of information in the criminal procedure, in no way hinders the imperious judgments about their credibility within the scope of their valuation. Even because, as we have already pointed out throughout the paper, AI systems pose some challenges in terms of transparency and, consequently, contestability of their decisions. If we think of their application in the most varied functions of CII, we tend to have an environment of even greater difficulties for the exercise of the defense of those affected by these elements of information, even if a contradictory *a posteriori* is assured.

As we have already argued on other occasions¹¹³, due to the questions that are raised around the integrity, identity and authenticity of digital evidence¹¹⁴ obtained with some form of AI intervention, it is essential, also within the scope of CII, to document the chain of custody,

¹¹⁰ On this distinction, see: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de...*, p. 235ff.

¹¹¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Available on: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Accessed on March 07th, 2023.

¹¹² JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Cadeia de custódia...*, p. 1483-1484; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

¹¹³ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Cadeia de custódia...*, passim; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligencia artificial y...*, forthcoming.

¹¹⁴ On the topic of the chain of custody of digital evidence, see: BADARÓ, Gustavo Henrique. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun./2021; PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 173ff.

as it can prove to be the only way to attest to the legitimacy and legality of the elements collected in CII, preventing them from being excluded from the process. It is true, however, that despite the models and procedures proposed by international certification institutes¹¹⁵, for the purpose of documenting the chain of custody of digital evidence, further investigations are still pending on the extent to which these models will be suitable for evidence related to AI¹¹⁶.

CONCLUSION

As demonstrated, CII emerge, along with compliance programs, not only as one of the possible tools for tackling corporate crimes, but also as an important mechanism of legal entities' defense, when subject to criminal prosecution. In order to achieve these purposes and effectively and efficiently perform the tasks included therein, new technologies such as AI have been progressively employed, and it is expected that their use will help in the best and most accurate verification of facts in a shorter time and with less expenditure of companies' financial and human resources. However, in view of their limitations and especially the risks derived from them, it is essential to observe legal limits, not only in the use of these technologies, but also in the sharing with criminal procedures, of information obtained with them in the scope of CII.

In light of these considerations, we demonstrated that the processing of data as input for AI systems applied in CII must find legal support in one of the hypotheses provided for by legislation. The ones that are generally selected are those provided for by Article 7th, items I, II, VII or IX and Article 11, items I and II, "a" and "d" of the LGPD

¹¹⁵ See, for example: NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY – NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. 2006.

¹¹⁶ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Inteligência artificial y...*, forthcoming. On evidentiary difficulties in the field of AI, see: FIDALGO, Sónia. *A utilização da inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo*. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 129-162.

or, when applicable the GDPR, those provided for by Article 6, items (a), (c), (e) or (f) and Article 9(2), items (a) and (f). In addition, the fundamental principles for data processing and the test of proportionality between the intended purpose and the intervention that is carried out must be observed.

Even if the issue of data processing is overcome, the actual use of AI systems in CII must also observe limits. Although, in terms of *legality*, these systems usually find support in the norms that underlie the employer's directive power, it is also imperative that their application does not affect areas in which there are (and which have not been withdrawn) expectations of privacy by the employee and, once more, it must be observed a test of proportionality between the intended purpose and the technology concretely employed and the rights affected by it.

In criminal procedural terms, however, remains the tormenting question of knowing to what extent the use of AI in CII affects the admissibility and valuation of evidence in criminal proceedings. In our view, the sharing in question may represent a misuse of purpose for which the data were originally collected. If that is the case, and therefore there is a new intervention, sharing will depend, in order to comply with the requirement of *legality*, on legal authorization for sharing with the public authority in question and on legal authorization for this authority to receive these data. Furthermore, this sharing will only be admissible if the authority in question has powers to, hypothetically, collect these information under the same terms in which it was collected by the company, including with regard to the gravity of the means employed.

With regard to the admissibility in criminal proceedings of elements of information collected in CII, we maintain that they can be presented by the company, in its defense, and by the Prosecution itself, when there has been a prior sharing, provided that a new proportionality test has been overcome. However, these elements of information cannot be considered sufficient for the conviction of the company, nor for proof of guilt of other co-defendants, having probative value similar to that of the elements of information arising from acts of state investigation, such as police investigations. In addition, if the company and individual persons investigated in the scope of the CII are co-defendants, it may be beneficial to separate the procedures in order to better protect both

the right of defense of the legal entity and the procedural guarantees of the individual.

We agree that this is a complex proposal and that it tends to impose some practical difficulties in the investigation and processing of legal entities. However, we believe it is an imperative solution in view of the interests at stake, which tend to be even at higher risk when related to interventions by AI systems.

REFERENCES

AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the Potentialities and Limitations of Autonomous Systems in Money Laundering Control. *RIDP*, v. 92, n. 1, p. 87-108, 2021.

AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Underneath the Robot Judge's Robe: demystifying the use of artificial intelligence in criminal justice through a global south perspective. In: KOSTIĆ, Jelena; BOŠKOVIĆ, Marina Matić. *Digitalizacija u kaznenom pravu i pravosuđu*: Digitalization in Penal Law and Judiciary. Belgrade: IKSI, 2022. p. 271-289. https://doi.org/10.56461/ZR_22.DUKPP.20.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal*: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Madrid: BOE, 2022. p. 989-1000. Available on: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2022-246>. Accessed on March 25th, 2023.

ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 119-128, jan./abr. 2018.

ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

ARTICLE 29 WORKING PARTY. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*: Adopted on 28 November 2017. As last Revised and Adopted on 10 April 2018. Available on: <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051>>. Accessed on March 10th, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun./2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BALCARCE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

BARONA VILAR, Sílvia. *Algoritmización del derecho y de la justicia: de la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BASAR, Eren. Anforderungen an die digitale Beweissicherung im Strafprozessrecht und in internen Untersuchungen. In: AHLBRECHT, Heiko et al (Hrsg.). *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2016. p. 635-647.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Programas de compliance voltados à prevenção da lavagem de dinheiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 47-71.

BRODOWSKI, Dominik. Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure. In: BRODOWSKI, Dominik et al. (eds.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer, 2014. p. 211-225. https://doi.org/10.1007/978-3-319-05993-8_17.

BURCHARD, Christoph. Das »Strafrecht« der Prädiktionsgesellschaft: ...oder wie »smarte« Algorithmen die Strafrechtspflege verändern (könnten). *Forschung Frankfurt: das Wissenschaftsmagazin: Recht und Gesetz*, n. 1, p. 27-31, Aug./2020. Available on: <<https://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/year/2020/docId/55171>>. Accessed on March 25th, 2023.

BURCHARD, Christoph. Digital Criminal Compliance. In: ENGELHART, Marc et al (Hrsg.). *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag: Teilband II*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021. p. 741-756.

BURRELL, Jenna. How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms. *Big Data & Society*, v. 3, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2016. <https://doi.org/10.1177/20539517156225>.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. São Paulo:

IBCCRIM, 2020. Available on: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/58/as-investigacoes-internas-no-ambito-do-criminal-compliance-e-os-direitos-dos-trabalhadores>>. Accessed on March 25th, 2023.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Beyond Ecocide: Extraterritorial Obligations of Due Diligence as an Alternative to Address Transnational Environmental Damages?. *RIDP*, v. 93, n. 1, p. 231-250, 2022.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRIM: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 215-237. Available on: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/734>>. Accessed on May 27th, 2023.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e programas de compliance: uma análise dos possíveis reflexos no processo penal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (eds.). *Direito e Tecnologia*. Porto Alegre: Citadel, 2022. p. 363-392.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Programas de compliance e branqueamento de capitais: implicações da lei nº 83/2017, de 31 de agosto, no regime jurídico de Portugal. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 3, p. 65-98, 2022. Available on: <<https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/61>>. Accessed on May 27th, 2023.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.); MADRID-BOQUÍN, Christa M. (coord.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 609-652.

CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; HAAPIO, Helena. Digital Technologies, Legal Design and the Future of the Legal Profession. In: CORRALES, Marcelo;

FENWICK, Mark; HAAPIO, Helena (ed.). *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*. Singapore: Springer, 2019. <https://doi.org/10.1007/978-981-13-6086-2>.

DEARDEN, Lizzie. The Telegraph Backtracks on Sensors Monitoring Whether Journalists are Sitting at Desks Amid Outrage. *The Independent*, Jan./2016. Available on: <<https://www.independent.co.uk/news/media/the-telegraph-backtracks-on-sensors-monitoring-whether-journalists-are-sitting-at-desks-amidoutrage-a6807336.html>>. Accessed on June 21st, 2021.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como “sector de riesgo”. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 76, p. 9-44, Oct./Dec. 2020. https://doi.org/10.37417/REDE/num76_2020_534.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 55, p. 1-29, 2021. Available on: <<https://www.uv.es/medarb/publicacions/2021/2021-rgdp.pdf>>. Accessed on March 25th, 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 2012.

ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 197-228.

FERNANDES, Fernando Andrade. Brasil. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (dir.); ONTIVEROS ALONSO, Miguel; ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (coord.). *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 155-241.

FIDALGO, Sónia. A utilização da inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 129-162.

GALEGO SOLER, José-Ignacio. Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal*: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Madrid: BOE, 2022. p. 1150-1165. Available on: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2022-246>. Accessed on March 25th, 2023.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GLESS, Sabine. AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials. *Georgetown Journal of International Law*, v. 51, n. 2, p. 195-253, 2020. Available on: <<https://ssrn.com/abstract=3602038>>. Accessed on June 15th, 2021.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión. In: CALAZA LÓPEZ, Sonia; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes (dir.). *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022. p. 257-287.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 125-146.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. ¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas? Reflexiones en voz alta sobre la sentencia de tribunal supremo 328/2021, de 22 de marzo. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al (dir.). *Un modelo integral de Derecho penal*: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Madrid: BOE, 2022. p. 1167-1178.

GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danilo Tavares et al (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 787-820.

HILGENDORF, Eric. Recht und autonome Maschinen – ein Problemaufriß. In: HILGENDORF, Eric; HÖTITZSCH, Sven (eds.). *Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik*. Baden-Baden: Nomos 2015. p. 11-40.

INDERST, Cornelia. Einzelaufgaben der Compliance-Organisation. In: GÖRLING, Helmut et al. *Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche*. Hamburg: C.F. Müller, 2010. p. 112-122.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Considerações preambulares acerca das reverberações da inteligência artificial no direito penal. In: COMÉRIO, Murilo Siqueira; JUNQUILHO, Tainá Aguiar (orgs.). *Direito e tecnologia: um debate multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 295-314.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (high-frequency trading – HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 29, n. 186, p. 127-173, Dec./2021.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligência artificial e responsabilidade penal no setor da medicina. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 17, n. 34, p. 37-63, jul./dez. 2020. Available on: <<http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas>>. Accessed on May 27th, 2023.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Inteligencia artificial y responsabilidad penal de personas jurídicas: un análisis de sus aspectos materiales y procesales. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, forthcoming.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 160, p. 219-257, out./ 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 159, p. 297-339, set./2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Vulnerabilidad e hiposuficiencia 4.0: la protección jurídico-penal de los consumidores en la era de la inteligencia artificial. In: FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), PÉREZ TORTOSA, Francesc. (coord.). *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI*. A Coruña: Editorial Colex, 2023. p. 187-199. Available on: <<https://www.colexopenaccess.com/libros/justicia-sociedad-4-0-nuevos-retos-siglo-xxi-3669>>. Accessed on May 27th, 2023.

JANUÁRIO, Túlio Xavier. Inteligência artificial e direito penal da medicina. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*, volume II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 125-174.

JANUÁRIO, Túlio Xavier. Veículos autónomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 95-128.

LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1343-1420, out./1999. Available on: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/9>>. Accessed on June 29th, 2020.

LEÓN ALAPONT, José. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

LEÓN ALAPONT, José. Medios de tecnovigilancia e investigaciones internas en el ámbito empresarial: algunas consideraciones sobre la tutela penal y procesal del secreto de las comunicaciones la intimidad (¿derechos negociables?). In: ROPERO CARRASCO, Julia (coord.). *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 114-141.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LUZ, Ilana Martins. *Compliance & omissão imprópria*. 3. Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar et al. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 147-167.

MCCARTHY, John et al. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine*, v. 27, n. 4, p. 12-14, 2006. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>.

MCCARTHY, John. *What is Artificial Intelligence?*. Stanford: Stanford University, 2007. Available on: <<http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/index.html>>. Accessed on July 20th, 2020.

MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal. In: MOREIRA, Vital et. al. (orgs.). *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*. Campinas/Jundiá: Brasília/Edições Brasil, 2021, p. 284-298. Available on: <<https://www.cidhcoimbra.com/anais>>. Accessed on May 27th, 2023.

MIRANDA, Matheus de Alencar e. *Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal*. 2023. Tese - (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2023.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3. época, n. 20, p. 87-130, Jul./2018. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446>.

MOMSEN, Carsten. Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 6, p. 508-516, 2011. Available on: <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_6_586.pdf>. Accessed on March 25th, 2023.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 221-243.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XL, p. 251-277, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100008>.

MOORE, Phoebe V.. *The Threat of Physical and Psychosocial Violence and Harassment in Digitalized Work*. Geneva: International Labour Office. Bureau for Workers' Activities, 2018. Available on: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_617062.pdf>. Accessed on June 24th, 2021.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 137-144.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY – NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. 2006. Available on: <<https://csr.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final>>. Accessed on June 27th, 2020.

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento?. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 6-26.

NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 25-48.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 231-271.

NIÉVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

OIT. *Trabalho em tempos de COVID: Relatório do diretor-geral, Conferência Internacional do Trabalho, 109ª sessão, Genebra, 2021*.

PALHARES, Felipe; PRADO, Fernando; VIDIGAL, Paulo. Compliance Digital e LGPD. In: NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luís Eduardo de (coord.). *Coleção compliance, v. 5*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins. *Inteligência artificial e direito*, Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

PELZ, Christian. Offenbarungs- und Meldepflichten bei Internal Investigations. In: AHLBRECHT, Heiko et al (Hrsg.). *Unternehmensstrafrecht: Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2016. p. 605-624.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-52470-8>.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal, vol. 1*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 11-58.

RODRIGUES, Anabela Miranda; SOUSA, Susana Aires de. Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal, vol. II*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 11-39.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 321-339, mai./jun. 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-50.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-259.

SANTOSUOSSO, Amedeo; BOTTALICO, Barbara. Autonomous Systems and the Law: Why Intelligence Matters. In: HILGENDORF, Eric; SEIDEL, Uwe (eds.). *Robotics and the Law: Legal Issues Arising from Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 27-58.

SCHUH, Günther et al (eds.). *Industrie 4.0 Maturity Index: Managing the Digital Transformation of Companies: Update 2020*. München: Acatech Study, 2020. Available on: <<http://www.acatech.de/publikationen>>. Accessed on May 27th, 2023.

SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial intelligence and its role in near future. *Journal of Latex Class Files*, v. 14, n. 8, p. 1-11, Aug./2015. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1804.01396>.

SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich et al. (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. p. 449-484.

SILVA, Douglas Rodrigues da. *Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova*. Londrina: Thoth, 2021. Ebook. N.P.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-239.

SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: 2020. p. 59-94.

SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

THE EUROPEAN COMMISSION’S HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE: *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines: Definition Developed for the Purpose of the Deliverables of the High-Level Expert Group*, Brussels, 2018.

TRENTMANN, Christian H. W.. *Wahrheitsdetektionssysteme mit künstlicher Intelligenz: ein neues Legal-Tech-Modell für Internal Investigations*. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2022.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *A proteção de dados pessoais no direito penal: uma análise crítica da criminalização nas perspectivas constitucional e de política criminal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Inteligência artificial e o direito penal: a propósito da responsabilidade criminal em decorrência de sistemas tecnológicos altamente complexos nas empresas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings”: direito de defesa técnica e relações cliente-advogado no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 176, p. 257-272, fev./2021.

VERIATO. *Employee Monitoring & Insider Threat Detection Software: see and understand exactly what your employees are doing*. Available on: <<https://www.veriato.com/>>. Accessed on June 22nd, 2021.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva: 2017.

VERITONE. *Making the AI revolution work for you*. Available on: <<https://www.veritone.com/>>. Accessed on June 22nd, 2021.

WIMMER, Miriam. *Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: Um Panorama dos Principais Desafios*. In: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (eds), *Direito Digital: Debates Contemporâneos*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Ebook. N. P. Chapter 1.

Authorship information

Túlio Felipe Xavier Januário. PhD Candidate in Law at the University of Coimbra (Portugal), with a fellowship from the Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. M.Sc. in Law by the University of Coimbra (Portugal), with a research internship of the “ERASMUS+” Program at the Georg-August-Universität Göttingen (Germany). He had Graduate Studies in International Criminal Law at the Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights (Italy), Graduate Studies in Economic Criminal Law and Crime’s Theory at the University of Castilla-La Mancha (Spain), Graduate Studies in Compliance and Criminal Law at IDPEE (Portugal) and Graduate Studies in Criminal Law – General Part at IBCCRIM/IDPEE (Brazil/Portugal). He holds a Bachelor’s Degree in Law by the Universidade Estadual Paulista – UNESP (Brazil). tuliofxj@gmail.com

Additional information and author’s declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: the author is grateful to the “Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT” for the doctoral research grant. He also thanks the members of the International Network of Doctoral Studies of Law for the constructive comments addressed to this paper during its oral presentation at the “10th International Conference of PhD Students and Young Researchers “The Good, the Bad and the Legal: Balance between Stability and Disruptions of Law”, held at the University of Vilnius – Lithuania in May 2023.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 02/04/2023
- Review 1: 18/04/2023
- Review 2: 30/04/2023
- Review 3: 30/04/2023
- Preliminary editorial decision: 25/05/2023
- Correction round return: 03/06/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Corporate Internal Investigations 4.0: on the criminal procedural aspects of applying artificial intelligence in the reactive corporate compliance. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 723-785, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.837>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Persecução penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal**

*Criminal prosecution:
investigation, public
oral trial and appeal*


Evaluación crítica de la regulación y el uso de la suspensión condicional del procedimiento en el marco de la persecución penal a personas jurídicas por el delito de soborno en Chile

Critical evaluation of the regulation and use of the conditional suspension of proceedings in the framework of the criminal prosecution of corporations for the crime of bribery in Chile

Oswaldo Artaza¹

Universidad de Talca, Talca, Chile


oartaza@utalca.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-8453-5069>

Braulio Carrasco²

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile

braulio.carrasco.h@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0002-6636-2939>

RESUMEN: La presente investigación ofrece una evaluación crítica de la utilización, por parte del Ministerio Público en Chile, de las “suspensiones condicionales del procedimiento” a propósito de la investigación y persecución de personas jurídicas por los delitos de soborno cometidos en su interés por sus integrantes. Para tales efectos se analiza la literatura angloamericana especializada en el uso de “acuerdos negociados” como estrategia frente a la criminalidad empresarial, con el propósito de ofrecer una serie de criterios que facilitarían tal evaluación en atención a los objetivos que debiesen guiar la utilización de tales acuerdos como

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona (España). Profesor asociado Derecho Penal Universidad de Talca (Chile) y director del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca.

² Abogado, Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Penal y Procesal penal por la Universidad Diego Portales (Chile).

forma de reacción estatal. La investigación concluye detectando una serie de posibles mejoras que podrían incorporarse a la práctica chilena para potenciar la coherencia del uso de tales acuerdos con aquellos objetivos previamente detectados.

PALABRAS-CLAVE: Suspensión condicional del procedimiento; acuerdos negociados; investigación de la criminalidad empresarial; responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ABSTRACT: *This research offers a critical evaluation of the use, by the Public Prosecutor's Office in Chile, of "conditional suspensions of proceedings" in the investigation and prosecution of corporations for bribery offenses committed in their interest by their members. For this purpose, the Anglo-American literature specialized in the use of "negotiated agreements" as a strategy against corporate crime is analyzed, with the purpose of offering a series of criteria that would facilitate such an evaluation in view of the objectives that should guide the use of such agreements as a form of state reaction. The research concludes by identifying a series of possible improvements that could be incorporated into Chilean practice to enhance the coherence of the use of such agreements with the objectives previously identified.*

KEYWORDS: *Conditional suspensions of proceedings; negotiated settlements; investigation of corporate criminality; criminal liability of corporations.*

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Chile, las personas jurídicas pueden ser objeto de persecución y sanciones penales, a partir del 2 de diciembre de 2009 momento en que se publica la Ley N°20.393. En términos simples, esta ley permite que se condene a las personas jurídicas cuyos integrantes han cometido ciertos delitos, como el supuesto paradigmático del soborno a funcionarios públicos, con el objeto de beneficiar a la propia empresa (o "corrupción en los negocios"), siempre y cuando este delito pueda comprenderse como una consecuencia de la infracción de los deberes de dirección y supervisión que recaen en la persona jurídica³. La respuesta legal del legislador, por

³ Se debe advertir que las personas jurídicas en Chile pueden responder penalmente por un catálogo amplio de delitos y no solo por la corrupción en los

regla general, es la de sancionar a la persona jurídica con penas que van desde la disolución para casos especialmente graves, la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, la pérdida de beneficios fiscales, multas y penas accesorias como el comiso y la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Sin embargo, es posible evitar el juicio y las eventuales sanciones a través de una salida alternativa al juicio⁴ conocida en Chile como “suspensión condicional del procedimiento” (en adelante SCP), la que ha sido definida como “un mecanismo procesal que permite dar término anticipado al procedimiento, a través de un acuerdo entre el persecutor y el imputado, donde este último se compromete al cumplimiento de una serie de condiciones – o “términos del acuerdo”- cuyo periodo de observación no puede ser inferior a un año ni superior a tres y que debe ser aprobado por el tribunal con competencia respectivo”⁵. Como se desprende de las investigaciones e imputaciones de responsabilidad penal a personas jurídicas en Chile por el delito de corrupción en los negocios, esta salida alternativa ha sido “preferida” por parte del Ministerio Público (en adelante MP), a la posibilidad de resolver el conflicto mediante juicio⁶. Esta tendencia, es decir, la de resolver tales conflictos recurriendo a mecanismos que no tengan forma de juicio, y que suponen, con las diferencias que sean propias de cada ordenamiento jurídico, el acuerdo entre la persecución y las personas jurídicas investigadas, no sería una realidad exclusiva de Chile, sino que como indican Ivory y Soreide, respondería a una práctica globalizada en la lucha contra la corrupción⁷. Por

negocios. Para conocer tales delitos, remitirse al artículo 1° de la Ley 20.393. Respecto al contenido de esta ley, ver HERNÁNDEZ (2012, pp. 75 y ss.); NAVAS y JAAR (2018, pp. 1032-1045).

⁴ MATORANA y MONTERO (2010, p. 626), las entienden como formas de “autocomposición homologada por parte del tribunal”, para suspender o poner término al proceso penal como alternativa a la eventual sanción.

⁵ HORVITZ y LOPEZ (2003, p. 552), MATORANA y MONTERO (2010, p. 627).

⁶ En Chile, hasta el año 2022, aproximadamente 6 personas jurídicas han sido condenadas por su responsabilidad en delitos de cohecho cometidos por integrantes en interés de la primera, frente a 17 personas jurídicas que han sido beneficiadas por esta salida alternativa. Esta información fue solicitada a la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional en Chile y remitida en diciembre de 2022.

⁷ IVORY y SØREIDE (2020, p. 945). Se debe recordar que por corrupción, se suele agrupar una serie de conductas delictivas, dentro de las que destacan

lo mismo, no resulta extraño que la literatura reciente, especializada en el combate a este fenómeno, asuma como desafío la detección de criterios que permitan evaluar esta estrategia de cara, por ejemplo, a si resulta adecuada para potenciar la lucha contra este delito o, si por el contrario, podría ser contraproducente con tales objetivos⁸. Con todo, tal preocupación no es exclusiva de los delitos de corrupción, sino que, del tratamiento que debiese darse a la “criminalidad empresarial”, categoría más amplia del cual la corrupción en los negocios forma parte. Si se observan los esfuerzos de justificación que la literatura angloamericana ha llevado a cabo especialmente a propósito del uso de los “acuerdos negociados” para el caso de la criminalidad empresarial, se pueden identificar dos preocupaciones diversas. La primera de estas, es la de otorgar razones que explicarían por qué parecería adecuado o conveniente que el ordenamiento jurídico respectivo cuente con esta herramienta como alternativa a la sanción. La segunda, es la de la evaluación de la forma como se están utilizando estos mecanismos como medio de reacción frente a esta forma delincuencia y si, en definitiva, en un sistema de justicia criminal determinado se está arribando o no a acuerdos que propendan de forma efectiva a la satisfacción de los objetivos que permitirían su justificación⁹.

La primera parte de este estudio estará dirigida a determinar las razones por las cuales parecería aconsejable, o no, contar con esta herramienta, con énfasis en su eventual utilidad y los objetivos que podrían guiar su utilización y posterior evaluación de cara a la lucha contra la corrupción en los negocios entre privados y el Estado¹⁰. Para

los supuestos de soborno.

⁸ Fundamental HAWLEY, KING y LORD (2020, pp. 311 y ss.).

⁹ Por tanto, la pregunta, al estilo de, DAVIS (2020, p. 260), de “qué cuenta como un buen acuerdo”, dependerá siempre de definiciones previas relativas a la justificación de tal herramienta. Ver también IVORY y SØREIDE (2020, p. 951), quienes distinguen entre la justificación de procesos y de los resultados.

¹⁰ Se debe clarificar que se recurrirá al análisis de la justificación de los acuerdos negociados, ya que refleja adecuadamente la discusión que subyace a la utilización de mecanismos que supongan un acuerdo entre persecución y personas jurídicas como alternativa al juicio. Se debe reconocer que aunque las SCP presentan la forma de un acuerdo, esto no significa que sean el resultado de un verdadero proceso de negociación, lo que no obsta a que le resulten aplicables las reflexiones que se han efectuado a propósito de los acuerdos

tales efectos se atenderá, principalmente, a la evaluación que ha efectuado la literatura angloamericana respecto a la satisfacción de tal estrategia de cara a las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de que los Estados Parte cuenten con mecanismos efectivos y eficientes para la lucha contra este ilícito. Como se podrá apreciar, tales acuerdos podrían propender a la satisfacción de tales exigencias a través de la consecución de objetivos como el de la colaboración de las personas jurídicas con el éxito de la investigación contra los individualmente responsables, así como el de la adopción de medidas para la prevención de futuros delitos. Por otra parte, también se ha señalado que estos acuerdos resultarían idóneos para la consecución de otros objetivos considerados valiosos como, por ejemplo, compensar a los perjudicados por estos delitos. De esta manera, se podrá clarificar, a continuación, en qué forma tales objetivos podrían servir de guía para la evaluación de la coherencia del ejercicio de la facultad de la persecución de proponer acuerdos a las personas jurídicas¹¹.

En la segunda parte, se analizará la regulación de la SCP en Chile, así como su uso en concreto en el marco de las investigaciones por casos de corrupción en los negocios que se han llevado a cabo desde la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley 20.393). Lo anterior, con el objeto de determinar si la regulación de esta salida alternativa, así como las directrices que emanan de la máxima autoridad de la persecución penal y su utilización en casos concretos, resultan o no coherentes con los objetivos o finalidades que se propondrán como guía para su uso en la primera parte de este estudio. De esta forma se podrá comprobar que, al menos hasta el momento, si bien es cierto la regulación legal en Chile de esta salida alternativa no resulta incompatible con la pretensión de alcanzar los objetivos previamente

negociados relativas a la consecución de ciertos objetivos que no necesariamente derivan de una verdadera negociación, sino que, exclusivamente, de la propuesta de los “términos del acuerdo” que efectúe la persecución a la persona jurídica investigada.

¹¹ Para tales efectos se observará la aplicación actual de la *Foreign Corrupt Practices Act*, por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos debido a lo usual que es recurrir a estos mecanismos a propósito de los casos de soborno a funcionarios públicos extranjeros.

declarados como valiosos, del análisis del ejercicio de esta facultad se podrán constatar importantes oportunidades para mejorar esta práctica y guiar el uso de las SCP¹².

1. JUSTIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS NEGOCIADOS ENTRE PERSECUCIÓN Y EMPRESAS EN LA LITERATURA ANGLOAMERICANA. OBJETIVOS QUE DEBIESEN INSPIRAR SU UTILIZACIÓN

1.1 LOS ACUERDOS NEGOCIADOS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL Y LAS DIMENSIONES PARA SU JUSTIFICACIÓN

Para efectos del análisis de la justificación de estos mecanismos de acuerdos negociados como alternativa a la condena a la persona jurídica por los delitos de corrupción cometidos por sus integrantes, se ha recurrido al desarrollo de esta institución por la literatura angloamericana. La justificación de este punto de partida es sencilla: debido a su extensa utilización como estrategia -entre otras- para el *enforcement*¹³ de la legislación anti-corrupción en las transacciones económicas internacionales en Estados Unidos^{14/15}. En este sentido, se ha señalado por parte de la literatura estadounidense que la persecución “preferiría”¹⁶ la utilización de mecanismos como los *negotiated settlements*, donde destacan especialmente los *Deferred Prosecution Agreement* (DPAs). En estos, la persecución ofrece a la persona jurídica investigada una oportunidad de negociar un acuerdo en forma externa a los tribunales con el objeto de evitar que el

¹² En este sentido, el trabajo responde a la preocupación de la política criminal por evaluación de las estrategias estatales para el combate del delito, Al respecto MIR (2005, p. 60). Se aclara, desde ya, que el trabajo se centrará en aspectos exclusivamente teóricos, y no en la verificación empírica de la eventual eficacia de esta estrategia, por exceder con creces el objeto y posibilidades de este estudio.

¹³ Se debe entender *enforcement*, como el proceso o estrategias para que la ciudadanía obedezca la legislación vigente.

¹⁴ PEREZ (2020, pp. 2 y 15), LUND y SARIN (2021, p. 296), JIMENEZ (2019, p. 354). Para un panorama internacional, ver MAKINWA (2020, pp. 42 y ss.).

¹⁵ Ver también, para el Reino Unido, LORD (2022, pp. 3 y ss.) y LORD (2014, pp. 104 y ss.), considerando la realidad de Alemania.

¹⁶ WERLE (2019, p. 43).

conflicto se resuelva mediante juicio *-non-trial resolutions-* y la dictación de una sentencia condenatoria -o absolutoria, en su caso-¹⁷. Lo anterior, reflejaría la tendencia en lo que respecta a la persecución de la criminalidad empresarial, donde lo fundamental sería identificar a los individuos responsables del delito y, para tales efectos, se ha reconocido por la persecución la utilidad de la cooperación de la propia persona jurídica¹⁸. Como se señaló en forma previa, tal práctica, de acuerdo con Arlen¹⁹, ha derivado en un importante debate por parte de la literatura respecto a su justificación como estrategia frente a esta clase de delincuencia²⁰. De acuerdo con Makinwa tal estrategia no solo afectaría a sistemas de justicia criminal que adhieran al principio de oportunidad, por tanto, donde a la autoridad a cargo de la persecución se le reconozca cierta discrecionalidad a la hora de definir cuándo se perseguirá criminalmente a alguien o no, sino que incluso a países que han optado por “el principio de legalidad y persecución obligada” de todos los delitos, por lo que la posibilidad de la adopción o no de acuerdos negociados es más bien una cuestión que obedece a criterios prácticos²¹ que se explicarían por la necesidad de adaptar las prácticas de *enforcement* a propósito de la lucha contra la corrupción²².

¹⁷ REILLY (2018, p. 1116). Incluso, han sido catalogados por KING y LORD (2018, p. 8) como una manifestación de “justicia negociada” pero con la particularidad que no suponen reconocimiento de responsabilidad por parte de la persona jurídica, lo que haría especialmente necesario los esfuerzos desplegados por la literatura y tribunales por su legitimación.

¹⁸ BENNETT, LOCICERO y HANNER (2013, p. 431). Ver también, LUND y SARIN (2021, pp. 295-301).

¹⁹ ARLEN y BUELL (2020, p. 703).

²⁰ HOCK (2020, p. 950). Fundamental HAWLEY, KING y LORD (2020, pp. 311 y ss.). Tal debate se ha visto influenciado incluso, aunque en forma aún incipiente, por reflexiones o valoraciones que provienen de la “justicia procedimental” y, por tanto, en la preocupación de que la ciudadanía -así como los intervinientes del proceso penal- puedan percibir como justa y legítima tales herramientas, de esta forma, tender a la confianza en el sistema de justicia penal. Para un análisis en detalle, ver KING y LORD (2018, p. 25). Fundamental, CHEN (2022, p. 137).

²¹ MAKINWA (2020, p. 48).

²² Lo plantean como interrogante, IVORY y SØREIDE (2020, p. 949).

Con todo, el problema de la legitimación de una institución es siempre complejo, en la medida que se debe transparentar los parámetros que sirven de base para tal labor. En este sentido, y solo a modo de ejemplo, King y Lord, a la hora de evaluar la utilización de los acuerdos negociados entre persecución y personas jurídicas como mecanismo de reacción frente a la criminalidad empresarial, sostienen que se puede adoptar tanto una perspectiva normativa -centrada en el análisis del marco regulatorio de estas- como una “empírica”, asociada a sus efectos y la percepción que tienen de esta práctica los actores del sistema penal²³. Desde un punto de vista normativo, uno de los principales criterios que se han postulado para su evaluación es el de la “legalidad” de tales mecanismos, mediante el cual se buscaría responder a las interrogantes acerca de si esta estrategia satisface las exigencias contenidas en tratados o instrumentos internacionales relativos a la lucha contra la corrupción, o si su utilización está respaldada por una base jurídica sólida y si la persecución ejerce su poder de negociación en forma coherente con esta, es decir, en forma “legítima”²⁴. Así, en lo que respecta a la satisfacción de estándares que emanan de tratados internacionales, resulta especialmente relevante atender a lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁵. Como se ha advertido, si bien es cierto esta Convención no contiene exigencias específicas respecto al uso de acuerdos entre la persecución e investigados, se puede evaluar si el uso de tal herramienta por parte de un Estado satisface ciertos principios básicos que derivan de este instrumento, a saber, por ejemplo, la exigencia de contar con mecanismos efectivos y eficientes para la lucha contra la corrupción que respeten a su vez el debido proceso²⁶. En este sentido, se

²³ KING y LORD (2018, pp. 28-29). Respecto a la escasa evidencia empírica, ver PARKER (2021, p. 1) y más recientemente PARKER y DODGE (2022, pp. 940-944), quienes enfocan su investigación en la percepción de esta práctica por parte de los operadores del sistema penal.

²⁴ KING y LORD (2018, p. 29). Ver también, DAVIS (2020, p. 272), respecto al concepto del ejercicio de poder en forma legítima.

²⁵ DAVIS (2020, pp. 261 y ss.).

²⁶ IVORY y SØREIDE (2020, p. 957). Con todo, no se puede desconocer que la Convención autoriza atenuar la responsabilidad a los responsables de actos de corrupción o incluso otorgarle inmunidad para los supuestos de colaboración con la autoridad, al respecto, DAVIS (2020, p. 263).

ha señalado que contar con mecanismos que permitan arribar a acuerdos para los casos de criminalidad empresarial resultaría más “eficiente” para el sistema de justicia criminal, en la medida que por lo general se trata de casos sumamente complejos, cuyas investigaciones suponen un alto costo de tiempo y recursos económicos y humanos²⁷, lo que traería como consecuencia la disminución de la capacidad del propio sistema de justicia criminal de enfrentar otros delitos de connotación social²⁸. Por lo mismo, la posibilidad de arribar a acuerdos evitaría tal gasto “ineficiente” de recursos para el sistema de justicia criminal. Obviamente, tal argumento es insuficiente por sí solo, debido a que dejaría de lado la dimensión de la “efectividad”, la que se debe evaluar en atención a la medida en que esta herramienta contribuiría a la consecución de objetivos de diverso orden. Como se podrá apreciar a continuación, uno de los objetivos que no se ponen en duda es que tal herramienta debiera resultar útil -y no al revés- de cara al fomento de la prevención de la corrupción en los negocios. Con todo, de la Convención también se desprenden otros objetivos más específicos que debiesen inspirar la legislación y la práctica respectiva, como son la recuperación de activos obtenidos a través de este ilícito, potenciar la colaboración entre el sector público y privado para la prevención de este, propender a la compensación de los perjudicados y el “rechazo a la cultura de la corrupción”²⁹. Debido a la importancia que presenta esta dimensión se le dará especial relevancia en esta investigación, en la medida que se ha podido constatar que por lo general la literatura especializada se concentra en esta a la hora de evaluar la utilización de los acuerdos negociados para los supuestos de criminalidad empresarial. Lo anterior no es irrelevante, ya que efectivamente parece del todo razonable indagar en qué medida y en qué condiciones tales prácticas podrían incidir positivamente en los esfuerzos estatales vinculados a la lucha contra la corrupción y su reacción adecuada frente a esta.

²⁷ En detalle respecto a tales dificultades, LORD (2022, p. 8).

²⁸ ARLEN (2018, p. 8).

²⁹ NACIONES UNIDAS (2004), Ver especialmente “Preámbulo”, artículo 34 respecto a las medidas para “eliminar las consecuencias de la corrupción”, y artículo 35, para la adopción de medidas para indemnizar daños y perjuicios. Ver también, DAVIS (2020, p. 262).

1.2 LA EFECTIVIDAD DE LOS ACUERDOS NEGOCIADOS EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL COMO OBJETIVO A SATISFACER

Una de las principales críticas que se ha efectuado a esta estrategia es que podría afectar la efectividad en la prevención de la corrupción, si termina, por ejemplo, reemplazando la sanción a los individualmente responsables por estos delitos y se termina convirtiendo en un “trato preferente” para quienes cometen este ilícito a través de personas jurídicas³⁰ y tienen medios o influencia suficiente como para arribar a acuerdos con la persecución. Se ha señalado por otra parte, que tales acuerdos podrían generar relaciones indebidas o poco éticas entre la persecución y el sector privado que disminuyan la confianza en la imparcialidad de los primeros a la hora de ofrecer acuerdos a las empresas³¹.

Por lo mismo, conviene preguntarse por qué la posibilidad de contar con acuerdos negociados podría propender a hacer más efectiva la lucha contra la corrupción y los resguardos que se debiesen tomar para evitar sus eventuales resultados adversos. Al respecto, Arlen ha señalado recientemente que tales herramientas podrían potenciar la capacidad del sistema de justicia criminal de reacción frente a esta clase de delincuencia en la medida que permitirían que la autoridad “induzca a las corporaciones a detectar y obtener evidencia necesaria para perseguir a los individuos que cometen estos delitos³²”. De acuerdo con Arlen, las corporaciones podrían colaborar con la persecución mediante la adopción de “programas de cumplimiento” diseñados para prevenir, detectar y autodenunciar conductas delictivas cometidas por sus integrantes, así como proveer a las autoridades de la información necesaria para perseguir a estos³³. Como

³⁰ Fundamental, COFFEE (2020, pp. 15-16); BERNASCONI (2019, p. 9). Se debe advertir que un análisis en profundidad de esta crítica supondría abordar los problemas que podrían provenir de las facultades discrecionales para la persecución de delitos que pueden ejercer los órganos responsables de esta y los riesgos de una “persecución selectiva”. Al respecto, resulta fundamental el trabajo de MILLER y WRIGHT (2008, p. 127).

³¹ Fundamental REILLY (2015, pp. 337-339), respecto, por ejemplo, a los acuerdos entre persecutores e importantes estudios jurídicos, donde incluso podrían terminar trabajando en el futuro.

³² ARLEN (2016, p. 203). Ver también, BU (2021, pp. 178 y ss.).

³³ ARLEN (2016, p. 203).

se puede apreciar, en la actualidad se reconoce que esta herramienta no debe reemplazar la sanción a los individualmente responsables, sino que, por el contrario, potenciar el éxito de la investigación en lo que a este aspecto se refiere. Con todo, tal cooperación, que resultaría deseable desde el punto de vista de la eficacia de la persecución de estos delitos, solo resultaría posible si las corporaciones tienen incentivos adecuados para su fomento, es decir, si resultan beneficiadas en caso de que se autodenuncien y cooperen con la investigación de delitos cometidos en el marco de su actividad³⁴. Tales incentivos podrían venir dados tanto por la posibilidad de evitar la sanción penal a la persona jurídica como, en caso de no resultar posible, atenuar su gravedad. Como señalan Arlen y Buell, si las corporaciones tienen incentivos adecuados para adoptar mecanismos de detección y denuncia de conductas delictivas se produciría también el efecto de comunicar a sus integrantes que las posibilidades de ser sancionados por la comisión de un delito son mayores, lo que podría traer aparejados efectos preventivos³⁵. Por otra parte, y como se advirtió con anterioridad, tales acuerdos no solo mirarían a una dimensión retrospectiva -asociada a la efectividad de la persecución- sino también a una dimensión prospectiva, dirigida a que las corporaciones adopten medidas adecuadas para prevenir futuros ilícitos. Destacan, por ejemplo, las exigencias asociadas a implementar programas de cumplimiento o a perfeccionar los sistemas de prevención de delitos ya existentes de acuerdo con los defectos organizacionales que hayan permitido o facilitado la comisión del delito respectivo³⁶. Es importante considerar que tal finalidad también ha sido criticada porque resultaría ajena a la función de la persecución, ya que esta debiera dedicarse a la investigación

³⁴ En este sentido, como explican ARLEN y BUELL (2020, p. 708), tal modelo de persecución supondría tanto la amenaza de sanción a las organizaciones como la posibilidad de mecanismo que reduzcan o eviten esta última para los supuestos de colaboración por parte de la empresa. Para el ámbito del Reino Unido, ver HOCK (2021, p. 950).

³⁵ ARLEN y BUELL (2020, p. 702). Se ha señalado por PEREZ (2020, p. 8), que la existencia de tales acuerdos podría potenciar la coordinación internacional en delitos -especialmente de corrupción en las transacciones económicas internacionales- que afectan a varias jurisdicciones- con el objeto de armonizar entre estas las respuestas frente a tales casos

³⁶ REILLY (2018, pp. 1120-1121).

de delitos para su sanción y no a tratar de incidir en la forma como se organizan las personas jurídicas o en mejorar su cultura corporativa³⁷. Sin embargo, se debe considerar que, al menos en Chile, tal objetivo está expresamente considerado por el legislador, en la medida que, como se podrá apreciar más adelante, incorpora dentro de los posibles términos de una SCP la adopción de mecanismos o medidas dirigidas a la prevención de futuros delitos³⁸.

Por último, y como se observa en el tratamiento de la literatura especializada, no puede desconocerse que en la actualidad también han surgido voces que abogan por incorporar criterios diversos para evaluar esta práctica, dentro de los que destaca el de la reparación del daño causado por el delito corporativo³⁹. En este sentido, esta herramienta podría resultar sumamente útil en la medida que permitiría introducir dimensiones que, al menos en Chile, no son consideradas por la sanción penal, como es el de la reparación del daño causado a los perjudicados por el delito. Si bien es cierto, como observa Karp⁴⁰, muchas veces no resulta evidente quiénes deben ser considerados como “perjudicados” por delitos como el de la corrupción en los negocios⁴¹, de acá no se extrae la imposibilidad de tal identificación. En los supuestos de soborno para la obtención de negocios o para obtener ventajas en su ejecución, se puede terminar afectando a todos aquellos competidores que quedaron en una situación de desventaja por no estar dispuestos a pagar sobornos o, como muchas veces sucede, un sector de la población puede resultar perjudicado por las decisiones ilegales que están aparejadas al pago de sobornos, como en los casos en que se autoriza el desarrollo de una actividad económica sin

³⁷ REILLY (2015, pp. 339-342). Conviene considerar también la crítica efectuada por ARLEN (2016, pp. 197 y ss.), en el sentido de que el Departamento de Justicia, debido a un excesivo poder, se ha terminado convirtiendo en un verdadero ente regulador de las corporaciones. Lo anterior se debería, principalmente al hecho de que en este país tales acuerdos no requieren la autorización de los tribunales y porque las corporaciones que suscriben un acuerdo pueden ser sancionadas, penalmente, por el incumplimiento de sus condiciones.

³⁸ Ley 20.393. artículo 25, 4).

³⁹ BENNETT, LOCICERO y HANNER (2013, p. 414).

⁴⁰ KARP (2001, p. 729).

⁴¹ En suma, porque no se trata de supuestos donde -a diferencia de la delincuencia tradicional- sea fácilmente identificable un solo agresor y una víctima.

cumplir con la normativa medioambiental o cuando la corrupción deriva en una disminución del número de prestaciones de algún servicio público a la ciudadanía debido al encarecimiento de precios que trae aparejada⁴².

1.3 ANÁLISIS DEL USO DE LOS ACUERDOS A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DE LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) EN EE.UU.⁴³

Como el objetivo del estudio es evaluar el ejercicio de la facultad de proponer acuerdos por parte de la persecución en Chile de cara a su eventual eficacia para la consecución de los objetivos previamente descritos, resulta útil observar cómo puede ser llevada a cabo tal evaluación. Para tales efectos, se recurrirá al análisis de los DPA entre el Departamento de Justicia de EE.UU y corporaciones a propósito de la aplicación de la FCPA. Para tales efectos, resulta sumamente útil considerar lo dispuesto en el “memorándum” de 15 de septiembre de 2022 del “*Office of the Deputy Attorney General*” del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, dirigido a revisar las políticas de “*enforcement*” para la criminalidad empresarial, donde se reconoce que la prioridad para el Departamento de Justicia es la sanción de aquellos individuos que cometen o se benefician de esta clase de delitos⁴⁴. Tal premisa permitirá explicar, por ejemplo, la práctica de este Departamento en lo que respecta al contenido básicos de los DPA entre la persecución y las corporaciones para los supuestos de soborno a funcionarios públicos extranjeros y a la relevancia que se le

⁴² En detalle, ARTAZA (2022, pp. 132 y ss.), NIETO (2021, p. 2). Ver también GUARDIOLA (2020, p. 577), respecto al concepto de “víctimas difusas” o de “comunidad afectada”. En este sentido, un sector de la literatura incluso ha abogado por la incorporación parcial de criterios “restaurativos” a la hora de enfrentar la delincuencia empresarial con el objeto de dar cuenta en forma adecuada de esta dimensión de los perjudicados que usualmente no se abordaría a través de la imposición de sanciones. Ver, al respecto, en Chile, CARNEVALI (2019, p. 432), ver también, PIQUERO, RICE y PIQUERO (2008, p. 211).

⁴³ Lo anterior se llevará a cabo solo con el objeto de ejemplificar tal labor de evaluación, y en ningún caso con el objeto de recurrir a este ejercicio del poder de proponer acuerdos como un modelo que debiese seguir el Ministerio Público en Chile.

⁴⁴ En MONACO (2022, p. 1).

otorga al hecho de que la corporación haya facilitado toda la información que lícitamente pueda entregar respecto a la conducta delictiva de sus integrantes⁴⁵, así como que en los términos de un acuerdo se dé importancia al aseguramiento y mantención de tal relación de colaboración con la persecución. En este sentido, si se observan los términos de los DPA del año 2022⁴⁶, inmediatamente llama la atención cómo se verifica este componente de “cooperación” con la investigación, ya que, por ejemplo, todos los acuerdos contienen un reconocimiento de hechos – o *statements of facts*-, donde se reconoce el pago de sobornos, cómo fue llevado a cabo y quiénes estuvieron involucrados en este ilícito. Por otra parte, las empresas se comprometen a colaborar, en el futuro, con antecedentes relevantes para la acreditación de cada uno de los hechos reconocidos, lo que supone, incluso, compartir con la persecución los resultados de procesos de investigación interna por parte de las corporaciones, como se constata, por ejemplo en *United States vs UOP LLC D/B/A HONEYWELL UOP*⁴⁷, donde se facilitaron las entrevistas efectuadas a sus empleados y se localizaron y entregaron documentos fundamentales para el éxito de la investigación. En ocasiones, como se refleja en *United States vs ABB LTD*⁴⁸, si bien es cierto no se verificó una autodenuncia por parte de la corporación, igualmente se arribó a un DPA debido a la extraordinaria cooperación que prestó tal entidad en la medida que faciliten en forma oportuna y eficaz los resultados de su investigación interna.

Por otra parte, y en lo que respecta a la práctica del DOJ en EEUU, es innegable que los acuerdos no solo presentan este componente de “cooperación”, sino que también uno evidentemente preventivo asociado a remediar las causas organizacionales del delito respectivo – o a fortalecer la capacidad de las organizaciones en prevenir futuros delitos-. Así, se evidencia en todos los casos que las empresas involucradas se comprometen

⁴⁵ Incluso para un sector de la literatura, esta debiera ser una de las condiciones básicas para poder arribar a un acuerdo negociado. Ver, COFFEE (2022, p. 984).

⁴⁶ Disponible en la página web del Departamento de Justicia de Estados Unidos: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/related-enforcement-actions/2022>.

⁴⁷ Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1558776/download>.

⁴⁸ Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1556576/download>.

a fortalecer su “programa de cumplimiento”⁴⁹, considerándose los siguientes puntos: a. Compromiso de la alta dirección de la empresa, b. Implementación de políticas y procedimientos específicos para la prevención de este delito, donde destaca la regulación de al menos: los regalos, la hospitalidad, entretenimiento y gastos, viajes de clientes, contribuciones políticas, donaciones benéficas y patrocinios, entre otros, c. La revisión periódica de los riesgos de comisión de soborno a los que se exponen, d. Supervisión adecuada e independiente de su *Compliance Program*, e. Medidas de formación y capacitación, f. Procedimientos de Investigación interna, g. Medidas disciplinarias para el incumplimiento de políticas y procedimientos, h. Regulación de las relaciones comerciales con socios estratégicos -como, por ejemplo, intermediarios-, i. Medidas de cuidado para fusiones o adquisiciones y, j. El testeo y monitoreo permanente. Junto a lo anterior, destacan aquellas medidas asociadas a la desvinculación -o sanción- de aquellos empleados involucrados en el delito, con independencia de su cargo, o al entrenamiento o capacitación específica a los trabajadores empleando para tales efectos el análisis de casos concretos de soborno en los negocios⁵⁰.

Un componente innegable de esta práctica es el de la dimensión de compensación que busca, principalmente, que las corporaciones involucradas en este delito no se vean beneficiadas económicamente por la comisión de este. Por lo mismo, todos los DPA observados evidencian el pago de multas cuantiosas calculadas en atención a los parámetros que otorga la *United States Sentencing Guidelines*, donde destacan: la gravedad del delito cometido, la cantidad de veces que se sobornó, si se involucró o no a funcionarios públicos de alto rango y el monto de las ganancias para la alta dirección de la corporación⁵¹.

Cómo se puede observar, de esta práctica -en lo que respecta a la aplicación de la FCPA- refleja adecuadamente el componente de

⁴⁹ Un ejemplo en, *United States v. Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A.*, pp. C-1, y ss. Disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1535366/download>.

⁵⁰ Como en *United States vs ABB Ltd.* Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1556576/download>.

⁵¹ Ver, por ejemplo, *United States v. Stericycle, Inc.*, p. 8. Disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1496296/download>.

cooperación -éxito de la investigación mediante la detección de los individuos que delinquen-, un componente de sanción -dado por el pago de multas- y el componente de fortalecimiento de la capacidad de la organización de prevenir futuros delitos⁵².

2. EVALUACIÓN DE LA REGULACIÓN Y EL USO DE LA SCP POR PARTE DE LA PERSECUCIÓN A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Para efectos de ordenar el análisis que se llevará a cabo a continuación, se hablará de cuatro dimensiones para la evaluación de la utilización de SCP entre persecución y personas jurídicas, en atención a los objetivos que debiesen guiar la práctica de la persecución. Como se ha podido verificar, tales objetivos resultarían plenamente compatibles con ciertas directrices internacionales para combatir la corrupción, por lo que resulta autorizado evaluar si en Chile, tanto la regulación como el uso de esta herramienta resultan coherentes con estos. La primera dimensión será la de la cooperación de la persona jurídica con la investigación, cuyo principal propósito es el de propender a la identificación de los individuos que cometieron el delito, así como a la obtención de antecedentes relevantes para la persecución. La segunda, será la dimensión “sancionatoria”, que dice relación con la interposición de multas y a la obtención de compensación por el delito cometido. La tercera, es la dimensión de fortalecimiento de la capacidad de la persona jurídica de prevenir futuras conductas delictivas y, por último, la dimensión de reparación, con énfasis en la identificación de perjudicados por la conducta delictiva y la satisfacción de sus intereses⁵³. Es importante clarificar que solo se pretende evaluar si de la regulación de esta herramienta y su uso, se refleja que estas

⁵² Por otra parte, no es posible advertir que el componente de reparación del daño resulte realmente relevante como criterio para modular los términos de tales acuerdos. Con todo, no es posible abordar acá las razones que explicarían tal decisión, por exceder el alcance de la investigación, donde intervienen, además, cuestiones de territorialidad, en la medida que tal daño se manifiesta en un estado extranjero.

⁵³ En un sentido similar, DAVIS (2020, p. 264).

dimensiones operan como objetivos a alcanzar y, en modo alguno, a comprobar empíricamente su consecución.

Para efectos de llevar a cabo tal evaluación se requiere dar cuenta de dos niveles distintos. El primero, dice relación con las posibilidades de que la persecución pueda recurrir a esta herramienta en el marco de la criminalidad empresarial y, específicamente, en los supuestos de corrupción o soborno en los negocios. Para esto, se describirán las posibilidades dadas por la Ley 20.393 y por las directrices que se han otorgado a la persecución por parte del Fiscal Nacional, máxima autoridad del MP y que tienen carácter obligatorio para los fiscales de esta institución. El segundo nivel, que presenta especial relevancia para el objeto de estudio, es el de los resultados a los que se ha arribado a través de esta práctica, para lo cual se analizó el registro de audiencias -actas de audiencia- de las suspensiones condicionales del procedimiento entre el MP y personas jurídicas a propósito de la aplicación de la Ley 20.393 por la comisión de delitos de cohecho⁵⁴.

2.1 EVALUACIÓN DE SU REGULACIÓN Y LAS DIRECTRICES PARA LA PERSECUCIÓN

Respecto de las personas jurídicas, la Ley N°20.393 en su artículo 25, autoriza expresamente la posibilidad de dar término al procedimiento a través de una SCP, regulando expresamente sus requisitos básicos, la extensión del plazo de su duración en su mínimo y máximo— de seis meses y tres años respectivamente- y las condiciones que pueden ser incluidas en el acuerdo. En lo que respecta a su procedencia la ley chilena solo las admite en caso de que la persona jurídica imputada no hubiere sido condenada

⁵⁴ Como solo se pretende evaluar el uso de esta herramienta de cara a los objetivos cuya consecución parece quererse alcanzar por parte de la persecución, se recurrió exclusivamente al registro de las SCP en las “actas de audiencia” en las que fueron autorizadas y no a otros antecedentes, como podría ser los “audios de las audiencias”. En tales actas se deja registro exclusivamente de los términos del acuerdo, y no constan los argumentos que eventualmente podría haber esgrimido el tribunal competente -Juzgados de Garantía- para efectos de aprobar tal acuerdo, lo que en ningún caso es objeto de análisis en este estudio. Tampoco resulta posible evaluar un eventual proceso de negociación previo entre el persecutor y la persona jurídica investigada, en la medida que, de existir tal registro, no es de acceso público.

previamente o que, incluso, no haya sido beneficiaria de otra SCP. Tal acuerdo, que debe ser autorizado por el juez de garantía, puede incluir las siguientes condiciones: a. Pagar una determinada suma a beneficio fiscal, b. Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad, c. Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare, d. Implementar un programa para hacer efectivo el “modelo de prevención de delitos” o “programa de cumplimiento”, e. Cualquier otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el MP. Con todo, la persecución se encuentra limitada no sólo por la ley al momento de sopesar la posibilidad de llevar adelante una SCP con una persona jurídica imputada, sino que además por las instrucciones administrativas provenientes de la Fiscalía Nacional, mediante documentos denominados “Oficios FN”. En la práctica, los Oficios que entregan instrucciones aplicables a los casos de responsabilidad de las personas jurídicas y que resultan relevantes para el objeto de estudio son dos, el Oficio FN N° 440/2010 que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas y el Oficio FN N° 278/2022 que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción, dentro de los que incluye los supuestos de cohecho o soborno. En lo que respecta al primer Oficio, las directrices para el uso de la SCP son exiguas, ya que se limita a indicar que “la aplicación de esta salida alternativa deberá ser analizada por el fiscal, especialmente en aquellos casos en que pudiere proceder la suspensión de la condena..., ya que los efectos terminan siendo, prácticamente, los mismos con excepción del comiso. El cualquier caso, la decisión deberá ser aprobada por el Fiscal Regional respectivo”⁵⁵. Como se puede apreciar, el único criterio que subyace es el de la eficiencia en la administración de los recursos⁵⁶, en el entendido que resultaría más eficiente arribar a una SCP si es que existe la probabilidad de que igualmente se termine suspendiendo la condena por parte del tribunal respectivo⁵⁷. No se refleja, en ningún caso, una

⁵⁵ Fiscalía Nacional, 2010, Oficio FN N° 440/2010.

⁵⁶ Para un análisis de este criterio como fundamento de las salidas alternativas, DUCE y RIEGO (2007, pp. 294-295).

⁵⁷ En definitiva, se sugiere aplicar esta salida a los supuestos en que la condena de la persona jurídica sea baja -de “simple delito en su grado mínimo” y que por el número de trabajadores o ciertos datos financieros de la persona

política de persecución -al menos declarada formalmente- de recurrir al acuerdo negociado como mecanismo para potenciar la consecución de objetivos vinculadas a cualquiera de las cuatro dimensiones previamente detectadas. En segundo lugar, debe ser considerado lo dispuesto por el Oficio N° 472 de 2020, que “imparte criterios de actuación en delitos de corrupción”. En este, que expresamente se aplica para los supuestos regulados en la Ley 20.393, se indica expresamente que tal facultad deberá ser aplicada en forma “excepcional, limitada y prudente, teniendo especialmente en consideración la dificultad que representa controlar el cumplimiento de las condiciones de la suspensión y la señal que podría implicar, para la ciudadanía, una salida de este tipo en delitos de corrupción”. Para su procedencia, aparte de la satisfacción de los requisitos legales, deberá verificarse el cumplimiento de al menos cuatro de un listado de circunstancias, entre los que resultan relevantes para el objeto de estudio: la autodenuncia del investigado, la colaboración de este, razones de estrategia y de política criminal, como es la necesidad de enfocar la persecución en otro imputado “con un claro y notorio mayor grado de participación, involucramiento y responsabilidad en los hechos” y, por último, la reparación significativa del perjuicio causado o la “disponibilidad para reparar la totalidad del perjuicio causado” en los delitos que “causan un perjuicio patrimonial”. Al igual que lo dispuesto por el Oficio anterior, la SCP deberá ser autorizada en forma previa por el Fiscal Regional.

Respecto a estas instrucciones llama la atención que no se efectúe ninguna distinción respecto a su alcance entre los supuestos en que el imputado sea una persona natural frente a los que sea una persona jurídica. Lo anterior podría resultar contraproducente, ya que como se analizó con anterioridad, tales acuerdos negociados con personas jurídicas justamente podrían propender a una persecución más efectiva de esta clase de delitos y a concentrar los esfuerzos en la acreditación de la responsabilidad de los individuos que cometieron el ilícito. Para tales efectos, se debiera, por ejemplo, incentivar en tales directrices un uso oportuno de tales acuerdos con personas jurídicas, y no una vez que

jurídica, resulte recomendable suspender la ejecución de la condena por un plazo determinado.

ya se han recabado todos los antecedentes necesarios para sostener la acusación del individuo responsable.

Con todo, y como se podrá apreciar a continuación, la práctica de la imputación a personas jurídicas demuestra que las SCP son una herramienta sumamente utilizada, sin perjuicio de que efectivamente podría ser perfeccionada para fortalecer la consecución de los objetivos que debiesen guiar su utilización.

2.2 EVALUACIÓN DEL USO DE LAS SCP EN CASOS CONCRETOS Y DE LOS OBJETIVOS QUE SUBYACEN A ESTAS

2.2.1 LA DIMENSIÓN DE LA COOPERACIÓN

Del registro de SCP entre la persecución y personas jurídicas no existe dato alguno que permita verificar que uno de los objetivos que subyacen a la utilización de tales acuerdos sea el obtener la cooperación de la entidad en el éxito de la investigación⁵⁸. Tampoco existen acuerdos en los cuales la persona jurídica se comprometa a la entrega de información relevante para tales efectos o respecto a futuros casos que pudiesen detectarse a propósito de investigaciones internas que se lleven a cabo. Si algún componente de “cooperación” se puede detectar es uno muy distinto y que se refleja en al menos dos casos. En la SCP entre el MP y la empresa Cerecita⁵⁹, la persona jurídica “acepta que los antecedentes de la investigación sean utilizados para “fines académicos” y para estudios de prevención del delito. Por otra parte, en la SCP entre el MP y la empresa “Emergya Agencia Chile”⁶⁰, donde esta última se compromete, en caso

⁵⁸ Se debe reconocer, eso sí, los sesgos de la investigación por la clase de datos analizados, ya que solo se conocen los términos del acuerdo y no es posible evaluar si estos fueron el resultado de un proceso de negociación y si, en el marco de esta, se solicitó la cooperación de la persona jurídica. Por otra parte, se debe considerar que la SCP puede autorizarse bastante avanzada la investigación sobre un hecho ilícito, por lo que un mero compromiso a futuro de cooperar puede ser poco efectivo.

⁵⁹ Causa RIT N°157-2012 ante el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 30/04/2013.

⁶⁰ Causa RIT N°1868-2019 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 14/12/2021.

de publicar en medios de comunicación que no había sido condenada, a explicar en qué consistió la SCP y los montos que tuvo que pagar. Como se puede apreciar, en ningún caso se trata de cooperación con el éxito de la investigación, sino más bien, con la “educación” de la ciudadanía respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con independencia de las razones que pudiesen explicar tal realidad, se debe considerar que la amplitud del marco regulatorio chileno admitiría, sin problema alguno, que la persecución incluyera tal objetivo dentro de sus acuerdos, por lo que esta es una dimensión en que la práctica chilena podría ser perfeccionada, sobre todo si se considera los efectos positivos en la lucha contra la corrupción que pueden venir aparejadas a una estrategia colaborativa entre persecución y las personas jurídicas. No se puede olvidar que, como indica Arlen, los acuerdos negociados serían una de las maneras más efectivas de implementar regímenes de responsabilidad penal corporativa que den cuenta de todos los niveles que se requiere para prevenir conductas ilícitas en aquellas empresas donde su alta dirección no esté directamente involucrada en la conducta delictiva⁶¹. Tal pretensión no es contradictoria con el ordenamiento jurídico chileno, ya que, en primer lugar, de la propia Ley 20.393 se desprende que el objeto de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el fomento de la capacidad de estas para prevenir conductas delictivas y que, en definitiva reaccionen frente a estas en forma tal que confirmen su intención de cumplir con la normativa vigente que regula su actividad, lo que supone, necesariamente, la implementación de mecanismos para detectar a tiempo eventuales ilícitos y propender a que los responsables sean sancionados. En este sentido, el artículo 4° de la Ley 20.393, dispone que un modelo de prevención debe contar con medidas disciplinarias para quienes infrinjan sus obligaciones contenidas en este instrumento. Incluso, es compatible con las directrices que emanan de la Fiscalía Nacional, en el entendido que tal cooperación es una de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para poder arribar a un acuerdo⁶².

⁶¹ ARLEN (2018, p. 22).

⁶² Sin embargo, parecería adecuado clarificar el contenido de tales directrices diferenciando, como ya se señaló, entre la cooperación de la persona jurídica investigada y las personas naturales que cometieron el delito, incluyendo los criterios de oportunidad advertidos.

En segundo lugar, se debe partir de la base que la cooperación de la persona jurídica imputada con la persecución es absolutamente compatible con la propia naturaleza de la SCP como salida alternativa que no supone “admisión de responsabilidad”. Desde un punto de vista lógico se debe separar la responsabilidad de la persona jurídica de la responsabilidad de aquellos integrantes que cometieron un delito. En definitiva, no contar con esta posibilidad, podría dificultar seriamente que el MP cuente con una herramienta que podría resultar eficaz para reforzar la persecución de esta clase de delitos.

2.2.2 LA DIMENSIÓN SANCIONATORIA

A diferencia de la dimensión anterior, esta dimensión sí está presente en la totalidad de las SCP analizadas. En este sentido destaca, en primer lugar, las condiciones que buscan indemnizar a instituciones públicas -por lo general, a las municipalidades⁶³- cuyos funcionarios fueron destinatarios de soborno⁶⁴.

Al respecto, se puede apreciar que dentro de las condiciones, y con el objeto de resguardar la naturaleza sancionatoria de tales pagos, se indicó que estos “no se puedan imputar como gasto” por parte de la persona jurídica que arribaba al acuerdo⁶⁵, con el objeto de que no terminara beneficiada desde el punto de vista impositivo o tributario. Eso sí, cabe destacar que, a diferencia de la práctica del DOJ en EE.UU, no se han otorgado criterios objetivos que permitan que el Ministerio Público determine los montos de las multas o indemnizaciones a pagar. Lo anterior no resulta irrelevante, en la medida que se podría dotar de criterios claros que permitan regular tal práctica en atención a factores como el del monto

⁶³ Así, en causa RIT N°1801-2020 ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, resoluciones de fecha 18/08/2021, 29/09/2021 y 05/10/2021, y RIT N°2778-2015 del Juzgado de Garantía de Talca, resolución de fecha 04/04/2018.

⁶⁴ En ocasiones, tales montos debieron pagarse al Fisco. Ver, causa contra la empresa SQM, RIT N°10969-2016 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 26/01/2018.

⁶⁵ Así, por ejemplo, causa contra Emergya Agencia Chile y Soluciones Tecnológicas de Negocios SpA, alias ALTIUZ, RIT N°1868-2019 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resoluciones de fecha 04/12/2020 y 14/12/2020.

de los sobornos pagados, las ganancias obtenidas por la persona jurídica y sus integrantes o los daños causados por el hecho delictivo.

Por otra parte, se pudo apreciar supuestos donde las condiciones resultan del todo equivalentes a sanciones reguladas por la Ley 20.393, como en la SCP donde la empresa acuerda su propia liquidación y disolución⁶⁶ o en los que acuerda la “prohibición de celebrar contratos con el Estado y organismos de este por determinado plazo”, así como la prohibición de participar en licitaciones públicas⁶⁷. Es más, la disolución en tanto sanción solo puede ser aplicada en supuestos especialmente graves como el de la reincidencia de la persona jurídica o la reiteración de delitos⁶⁸. Por lo mismo, y para valorar tales medidas, no pueden olvidarse los argumentos de eficiencia del sistema que se han esgrimido al comienzo de esta investigación que aconsejarían el uso de tales acuerdos. Si dentro de estos se encuentra evitar las consecuencias negativas para empresas que desarrollan actividades lícitas y, sobre todo, a terceros inocentes, como sus trabajadores o proveedores⁶⁹, parece necesario que este tipo de condiciones se requieran en casos sumamente excepcionales y calificados debido a ser la única opción para prevenir futuros hechos delictivos. Lo anterior se aplica, aún más a supuestos como el de la liquidación y disolución, en el entendido de que si el legislador los ha restringido a hipótesis especialmente graves, no parece legítima su consecución a través de acuerdos negociados.

2.2.3 LA DIMENSIÓN DE FORTALECER LA CAPACIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA PARA LA PREVENCIÓN DE FUTUROS ILÍCITOS

De acuerdo con la práctica chilena analizada, la generalidad de las SCP cuentan con alguna condición asociada a la implementación

⁶⁶ Causa contra la empresa CAVAL Ltda., RIT N°1651-2015 ante el Juzgado de Garantía de Rancagua, resolución de fecha 08/03/2018.

⁶⁷ Causa, en este caso contra de todas las empresas imputadas, RIT N°1801-2020 ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, resoluciones de fecha 18/08/2021, 29/09/2021 y 05/10/2021. Ver también causa contra la empresa HAZA Ltda., RIT N°11806-2016 ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, resolución de fecha 18/01/2019.

⁶⁸ Artículo 9°, inc. final, Ley N°20.393.

⁶⁹ Al respecto, LORD, WINGERDE y CAMPBELL (2018, p. 3).

o ejecución de un modelo de prevención de delitos o programa de cumplimiento. Por regla general el compromiso al que arriban las personas jurídicas beneficiadas con el acuerdo es el de implementar un modelo de prevención en caso de que no hayan tenido uno con anterioridad y, en su caso, a pasar por un proceso externo de certificación de tal modelo⁷⁰. Tal certificación en Chile es llevada a cabo por instituciones certificadoras autorizadas para operar por parte de la Comisión para el Mercado Financiero, institución que debe constatar que estas cuenten con medios y métodos adecuados para verificar que los modelos de prevención cumplan con los requisitos dispuestos por la Ley 20.393. Al respecto, el MP pareciera renunciar a incidir mayormente en el contenido de tales medidas. Lo anterior podría ser entendido como un reconocimiento por parte del MP de que en Chile los llamados a tal delimitación son organismos técnicos y especializados en la evaluación de modelos de prevención o “certificadoras”, instituciones que, por lo demás, son reconocidas por la Ley 20.393. Tal práctica tiene la ventaja que se evitaría el peligro de

⁷⁰ Causa contra la empresa CONSTRUCTORA SOL SPA y otras, RIT N°1801-2020 ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, resoluciones de fecha 18/08/2021, 29/09/2021 y 05/10/2021; contra la empresa EMERGYA AGENCIA CHILE, RIT N°1868-2019 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 14/12/2021; contra la empresa CERESITA, RIT N°157-2012 ante el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 30/04/2013; contra la empresa SQM, RIT N°10969-2016 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 26/01/2018; contra la empresa ALTIUZ, RIT N°1868-2019 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 04/12/2020. En base a la información disponible al público en general, es posible señalar que el cumplimiento de la SCP ha sido acreditado por el tribunal en las siguientes causas: contra la empresa ASFALTOS CHILENOS S.A., RIT N°4392-2014 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, por resolución de fecha 21/10/2016; contra la empresa CERESITA, RIT N°157-2012, ante el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, por resolución del 22/07/2016; contra la empresa SQM, RIT N°10969-2016 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, por resolución de fecha 17/08/2018; contra la empresa CTS, RIT N°2778-2015 ante el Juzgado de Garantía de Talca, por resolución de fecha 25/06/2020; contra la empresa TECNODATA, RIT N°477-2015 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, por resolución de fecha 12/07/2019; contra las universidades SEK y PEDRO DE VALDIVIA, RIT N°4799-2012 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, por resoluciones de fecha 21/06/2017 y 12/06/2017. Sin embargo, las señaladas resoluciones han fundado su decisión en el cumplimiento del plazo establecido para la SCP, en cada caso, y no consta se hubiese verificado su cumplimiento.

que el MP se inmiscuya indebidamente en la organización de personas jurídicas, convirtiéndose así en un verdadero ente regulador del sector privado⁷¹, lo que está lejos de sus funciones de acuerdo a lo dispuesto por su normativa interna y la Constitución de la República de Chile⁷². Sin embargo, tal decisión no responde a todos los casos, ya que se ha detectado al menos un supuesto donde la condición consiste exclusivamente en la implementación del modelo de prevención, olvidando, completamente, la certificación o la verificación del cumplimiento de esta⁷³. Lo anterior es del todo relevante, ya que demuestra que no existen definiciones claras respecto a quién debe constatar la satisfacción de esta condición, lo que podría incidir negativamente en la verificación del cumplimiento de tal condición.

Además del anterior, hay otros aspectos que pueden ser mejorados. El primero de estos responde a una cuestión de orden temporal. En ocasiones se otorga a la persona jurídica el plazo de seis meses para la implementación de un modelo de prevención⁷⁴ o de un año para su implementación y acreditar su certificación⁷⁵, lo que podría ser contraproducente para los objetivos que se pretenden alcanzar, en la medida que tal plazo podría resultar insuficiente, si se tiene en cuenta que una institución certificadora debe verificar no solo el diseño de un modelo de prevención, sino que también su aplicación efectiva dentro de una organización⁷⁶. En segundo lugar, destacan aquellos supuestos donde

⁷¹ Respecto a esta realidad, desde una perspectiva crítica, ARLEN (2016, pp. 197 y ss.).

⁷² Artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640, y artículos 7 y 83 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁷³ Causa RIT N°477-2015 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 11/07/2018. En tales casos se aplicaría la regla general, quedando en manos del Juzgado de Garantía la verificación del cumplimiento para el sobreseimiento de la causa.

⁷⁴ Por ejemplo, causa contra la empresa HAZA Ltda., RIT N°11806-2016 ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, resolución de fecha 18/01/2019.

⁷⁵ Así, por ejemplo, ocurrió en la causa respecto de las empresas CONSTRUCTORA SOL SPA e ISAFER, RIT N°1801-2020 ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, resoluciones de fecha 05/10/2021 y 29/09/2021.

⁷⁶ Conforme se indica en el acápite 5° de la Norma de Carácter General N° 302 emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros en el año 2011,

la persona jurídica beneficiada por la SCP ya contaba con un modelo de prevención y, pese a eso, igualmente se vio envuelta en un supuesto de soborno a funcionarios públicos⁷⁷. En estos casos, si de lo que se trata es de potenciar esta herramienta como mecanismo que podría fortalecer la capacidad de las personas jurídicas para prevenir sus propios delitos, convendría dirigir el acuerdo a perfeccionar aquellos defectos en su propio modelo de prevención que expliquen que la conducta delictiva no haya sido detectada a tiempo. En suma, en tales supuestos parece insuficiente que se acuerde “mantener en funcionamiento un modelo de prevención de delitos”⁷⁸.

2.2.4 LA DIMENSIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Como se señaló con anterioridad, la Ley 20.393 contempla dentro de los posibles términos del acuerdo, el de “prestar un determinado servicio a favor de la comunidad”. Debido a lo anterior, no es extraño que las SCP contengan alguna condición que esté asociada a beneficiar a la comunidad como, por ejemplo, efectuar alguna donación en favor de algún centro educacional⁷⁹, centros hospitalarios, bomberos⁸⁰, o fundaciones⁸¹. Por otra parte, se detectó un supuesto donde la persona jurídica, dedicada al rubro de la educación superior, se compromete a crear y ejecutar un programa de becas⁸² y otro, donde una empresa de tecnología, acuerda realizar dos cursos de capacitación a organismos del

en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, numeral 4°, de la Ley N°20.393. Disponible en: <https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-article-807.html>.

⁷⁷ Causa RIT N°4799-2012 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resoluciones de fecha 30/05/2016 y 07/06/2017.

⁷⁸ Causa RIT 4799-2012 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 30/05/2016 y 07/06/2017.

⁷⁹ Causa RIT 4392-2014 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 16/10/2015.

⁸⁰ Causa RIT 1136-2012 ante el Juzgado de Garantía de La Ligua, resolución de fecha 18/03/2016.

⁸¹ Causa RIT 10969-2016 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 26/01/2018.

⁸² Causa RIT 4799-2012 ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 30/05/2016 y 07/06/2017.

Estado respecto a materias técnicas específicas⁸³. Si bien es cierto parece positivo que las personas jurídicas investigadas que arriban a un acuerdo puedan desplegar esfuerzos económicos en interés de la comunidad, convendría encauzar esta condición en forma tal que tuviera como acento prioritario la reparación del daño causado por la comisión del delito, y en caso de resultar imposible lo anterior-por no existir, por ejemplo, sujetos o comunidades que al menos hayan sido perjudicadas de manera indirecta- se opte por incorporar a los acuerdos medidas como las ya descritas, resultando especialmente valiosas, aquellas donde la misma empresa utiliza su capacidad para beneficiar a la comunidad.

Un buen ejemplo para comprender el potencial de los acuerdos para reparar el daño causado, aunque sea en forma indirecta, es el conocido caso “Cerecita”⁸⁴. En términos muy simples, la empresa fue investigada, ya que uno de sus integrantes pagó sobornos a un funcionario público, en reiteradas ocasiones, con el objeto de que se autorizara la construcción y el funcionamiento de las instalaciones de la empresa dedicada al rubro de la producción de pinturas, sin cumplir con los requisitos legales, especialmente los de la autoridad sanitaria-. A raíz de lo anterior, y como quedó en evidencia durante la investigación, se afectó gravemente el medioambiente de la localidad donde se instalaron sus plantas productoras⁸⁵. Por lo mismo, la SCP estuvo preferentemente dirigida a revertir el impacto medioambiental causado y que fue posible debido al pago permanente de sobornos a la autoridad respectiva. Dentro de las condiciones se incluyó: a. El traslado de todas sus faenas industriales y productivas a otra comuna, con observación de la normativa medio ambiental, b. Demoler todas instalaciones que existían en la comuna afectada en la que originalmente operaba, c. Acreditar que uno de los terrenos donde operaba se encontraba exento de todo riesgo para la

⁸³ Causa RIT 1868-2019 ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 04/12/2020.

⁸⁴ Causa RIT 157-2012 ante el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de fecha 30/04/2013. Más detalles respecto al caso en BALMACEDA y GUE-
RRA (2014, pp. 153-160).

⁸⁵ Para un análisis detallado de cómo se identificó el daño por parte de la fiscal a cargo del caso y el rol que jugaron los perjudicados, ver CAÑAS (2013, pp. 82-83),

salud de la población, realizando para ello un estudio de “Evaluación de Riesgo” con contenidos mínimos establecidos por el tribunal. De ser exigido por el estudio de Evaluación de Riesgo, debía implementarse un estudio de “Plan de Remediación” que incluyera las labores de limpieza necesarias bajo la aprobación de la autoridad sanitaria, d. La donación de 6.000 metros cuadrados de uno de los sitios en que operaba la empresa, a fin de ser transformado en un parque a beneficio de la comunidad de la comuna afectada y, e. Desarrollar un sistema interconectado de parques en el terreno donado con los implementos e instalaciones determinadas por el tribunal. Como se puede apreciar, frente a la constatación de que a través de la corrupción se había autorizado las operaciones de una empresa con graves efectos medioambientales, se opta por recurrir a la SCP con el objeto de reparar el daño⁸⁶. Tal experiencia permite sentar las bases de una práctica que debiese ser replicada y que permite introducir en los términos de los acuerdos negociados la dimensión de la reparación del daño, potenciando así la consecución de objetivos valiosos que debiesen estar aparejados a la estrategia de lucha contra la corrupción y la criminalidad empresarial.

CONCLUSIONES.

El uso de acuerdos negociados entre la persecución y las personas jurídicas imputadas o acusadas de delitos relativos a la corrupción en los negocios ha sido considerado, por un sector importante de la literatura angloamericana dedicada al estudio de la criminalidad empresarial, como una herramienta valiosa para enfrentar este fenómeno. En suma, sus ventajas radicarían en el eventual fomento de la “efectividad” de la respuesta del sistema de justicia criminal a la hora de enfrentar esta forma de delincuencia. En este sentido, tales acuerdos son usualmente considerados “legítimos” a la hora de evaluarlos, por ejemplo, respecto a la satisfacción de exigencias que provienen de instrumentos internacionales

⁸⁶ Se debe advertir el siguiente sesgo de la investigación: no resultó posible verificar, con los datos disponibles, la forma como se identificó el daño por parte del Ministerio Público, y qué rol cumplieron los perjudicados por el delito respecto a tal identificación o en la concreción de los términos del acuerdo.

relativas a la lucha contra la corrupción. La efectividad de estos se debiese evaluar respecto a la consecución de una serie de objetivos que debiesen guiar la respuesta estatal para enfrentar la corrupción -tanto en lo que respecta a su legislación como a la aplicación de esta-. Dentro de estos objetivos destaca el fomento de la cooperación de las personas jurídicas para el éxito de la investigación, así como evitar que las personas jurídicas resulten beneficiadas por estas prácticas ilícitas, se fomente su capacidad para prevenir futuros delitos y, por último, propender a que se repare integralmente los daños o perjuicios causados con la corrupción.

De acuerdo con tales criterios de evaluación se pudo proponer una serie de posibles mejoras que podrían ser incorporadas por la persecución en Chile a la hora de utilizar las SCP con personas jurídicas. Una de estas es la que dice relación con el fomento de la cooperación de las personas jurídicas con el éxito de la investigación, lo que no solo resultaba coherente con la naturaleza de la SCP, sino que, además, parecía deseable de cara a los propios fundamentos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los ajustes que debiesen incorporarse a las directrices que guían su uso, para poder potenciar la consecución de este objetivo. Por otra parte, se propusieron una serie de posibles mejoras para el ámbito sancionatorio -principalmente la clarificación de criterios para la determinación del monto de multas. Respecto a la dimensión del fomento de la capacidad de las personas jurídicas para la prevención de ilícitos, se propuso la adopción de criterios que permitan homogenizar la supervisión de tales acuerdos y el tratamiento especial de aquellas personas jurídicas que ya contaban con un modelo de prevención al momento de la comisión del delito. Por último, se analizaron los acuerdos dirigidos al “beneficio de la comunidad” y se propuso un enfoque basado en la reparación integral del daño causado por el delito.

BIBLIOGRAFÍA.

ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel. The law of corporate investigations and the global expansion of corporate criminal enforcement. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 93, n. 4, p. 697-762, 2020.

ARLEN, Jennifer. Corporate criminal enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops.

Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, Padua, v. 31, n. 1-2, p. 22-40, 2018. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2951972>

ARLEN, Jennifer. Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements. *Journal of Legal Analysis*, Oxford, v. 8, n. 1, p. 191-234, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2609111>

ARTAZA, Osvaldo. Una estrategia restaurativa en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas: una aproximación teórica. *Derecho PUCP*, Lima, n. 88, p. 125-153, 2022. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202201.005>

BALMACEDA, Gustavo; GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

BENNETT, Robert; LOCICERO, Hilary; HANNER, Brooks. From regulation to prosecution to cooperation: trends in corporate white collar crime enforcement and the evolving role of the white collar criminal defense attorney. *The Business Lawyer*, Chicago, v. 68, n. 2, p. 411-438, 2013.

BERNASCONI, Andreas. Deferred prosecution agreements as magic enforcement tool? Disponible en: <<https://lawded.ch/wp-content/uploads/2020/07/Deferred-prosecution-agreements-as-magic-enforcement-tool.pdf>>. Acceso en: 31 may. 2023.

BU, Qingxiu. The viability of deferred prosecution agreements (DPAs) in the UK: the impact on global anti-bribery compliance. *European Business Organization Law Review*, London, v. 22, n. 1, p. 173-201, 2021. <https://doi.org/10.1007/s40804-021-00203-5>

CAÑAS, Macarena. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Suspensión condicional del procedimiento. Industrias Ceresita S.A. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Santiago, n. 55, p. 79-92, 2013.

CARNEVALI, Raúl. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda, *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 25, n. 1, p. 415-438, 2019. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000100415>

CHEN, Ruihua. *Models of criminal procedure system*. Singapore: Springer Nature Singapore, 2022. <https://doi.org/10.1007/978-981-19-3651-7>

COFFEE, John. *Corporate crime and punishment: the crisis of underenforcement*. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2020.

COFFEE, John. Crime and the corporation: making the punishment fit the corporation. *The Journal of Corporation Law*, Iowa, v. 46, n. 4, p. 965-989, 2022. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3914961>

DAVIS, Kevin. What counts as a good settlement? En: SØREIDE, Tina; MAKINWA, Abiola (eds.). *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2020. p. 260-279. <https://doi.org/10.4337/9781788970419.00020>

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

FISCALIA NACIONAL. Oficio FN N° 278/2022. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic6_cl_res_ane38.pdf.

FISCALIA NACIONAL. Oficio FN N° 440/2010. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=778&pid=81&tid=1&d=1>>.

GUARDIOLA, María Jesús. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 40, p. 529-591, 2020. <https://doi.org/10.15304%2Fepc.40.6695>

HAWLEY, Susan; KING, Colin; LORD, Nicholas. Justice for whom? The need for a principled approach to deferred prosecution agreements in England and Wales. En: SØREIDE, Tina; MAKINWA, Abiola (eds.). *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2020. p. 309-346. <https://doi.org/10.4337/9781788970419.00022>

HOCK, Branislav. Policing corporate bribery: negotiated settlements and bundling. *Policing and Society*, London, v. 31, n. 8, p. 950-966, 2021. <https://doi.org/10.1080/10439463.2020.1808650>

HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

IVORY, Radha; SØREIDE, Tina. The international endorsement of corporate settlements in foreign briber cases. *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 69, n. 4, p. 945-978, 2020. <https://doi:10.1017/S0020589320000329>.

JIMENEZ, Gustavo. Corporate criminal liability: toward a compliance-orientated approach. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 26, n. 1, p. 353-380, 2019. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.26.1.0353>

KARP, David. Harm and repair: observing restorative justice in Vermont. *Justice Quarterly*, Greenbelt, v. 18, n. 4, p. 727-757, 2001. <https://doi.org/10.1080/07418820100095081>

KING, Colin; LORD, Nicholas. *Negotiated justice and corporate crime: the legitimacy of civil recovery orders and deferred prosecution agreements*. Tunbridge Wells: Palgrave Macmillan, 2018. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-78562-2>

LORD, Nicholas; WINGERDE, Karin; CAMPBELL, Liz. Organising the monies of corporate financial crimes via organisational structures: ostensible legitimacy, effective anonymity, and third-party facilitation. *Administrative Sciences*, Basel, v. 8, n. 2, p. 1-17, 2018. <https://doi.org/10.3390/admsci8020017>.

LORD, Nicholas. Prosecution deferred, prosecution exempt: On the Interests of (in)justice in the non-trial resolution of transnational corporate bribery. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 20, n. 20, p. 1-19, 2022. <https://doi.org/10.1093/bjc/azac059>

LORD, Nicholas. *Regulating corporate bribery in international business: anti-corruption in the UK and Germany*. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2014. <https://doi.org/10.4324/9781315604497>

LUND, Dorothy; SARIN, Natasha. Corporate crime and punishment: an empirical study. *Texas Law Review*, Texas, v. 100, n. 2, p. 285-352, 2021.

MAKINWA, Abiola. Public/private co-operation in anti-bribery enforcement: non-trial resolutions as a solution?. En: SØREIDE, Tina; MAKINWA, Abiola (eds.). *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2020. p. 42-67. <https://doi.org/10.4337/9781788970419.00011>

MATURANA, Cristian; MONTERO, Raúl. *Derecho procesal penal: tomo II*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2010.

MILLER, Marc; WRIGHT, Ronald. The black box. *Iowa Law Review*, Iowa, v. 94, n. 1, p. 125-196, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

MONACO, Lisa. Further revisions to corporate criminal enforcement policies following discussions with corporate crime advisory group. Disponible en: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1535301/download>>. Acceso en: 25 mar. 2023.

NACIONES UNIDAS, *Convención de las naciones unidas contra la corrupción*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004.

NAVAS, Iván; JAAR, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. *Política Criminal*, Talca, v. 13, n. 26, p. 1027-1054, 2018. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992018000201027>

NIETO, Adán. Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas. *La legislazione penale*, n. 1, p. 277-304, 2021.

PARKER, Megan; DODGE, Mary. An exploratory study of deferred prosecution agreements and the adjudication of corporate crime. *Journal of Financial Crime*, Bingley, v. 30, n. 4, p. 940-954, 2022. <https://doi.org/10.1108/jfc-06-2022-0122>

PARKER, Megan. *The adoption of deferred prosecution agreements to adjudicate corporate crime: a qualitative analysis*. Tesis (Magíster en Justicia Criminal) – Universidad de Colorado, Denver, 2018.

PEREZ, Michael. The rise and globalization of negotiated settlements: how an American procedure, the deferred prosecution agreement (DPA), became a transnational key tool to fight transnational corporate crimes. *Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal*, Doha, v. 2020, n. 1, p. 1-17, 2020. <https://doi.org/10.5339/rolacc.2020.4>

PIQUERO, Nicole; RICE, Stephen; PIQUERO, Alex. Power, profit, and pluralism: new avenues for research on restorative justice and white-collar crime. En: VENTURA, Holly (ed.). *Restorative justice: from theory to practice*. Bingley: Emerald Publishing, 2008. p. 209-229. [https://doi.org/10.1016/s1521-6136\(08\)00409-0](https://doi.org/10.1016/s1521-6136(08)00409-0).

REILLY, Peter. Justice deferred is justice denied: we must end our failed experiment in deferring corporate criminal prosecutions. *BYU Law Review*, Provo, v. 15, n. 2, p. 307-358, 2015.

REILLY, Peter. Sweetheart deals, deferred prosecution, and making a mockery of the criminal justice system: U.S. corporate DPAs rejected on many fronts. *Arizona State Law Journal*, Phoenix, v. 50, n. 4, p. 1113-1170, 2018.

WERLE, Nick. Prosecuting corporate crime when firms are too big to jail: investigation, deterrence, and judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 128, n. 5, p. 1366-1438, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3216152>

Authorship information

Oswaldo Artaza. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona (España). Profesor asociado Derecho Penal Universidad de Talca (Chile) y director del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. oartaza@utalca.cl

Braulio Carrasco. Abogado, Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Penal y Procesal penal por la Universidad Diego Portales (Chile). braulio.carrasco.h@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: El trabajo de investigación se llevó a cabo em el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1200083, Justicia restaurativa y Sistema Penal, a cargo del professor Raúl Carnevali Rodríguez.

Conflict of interest declaration: the author/s confirm/s that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Oswaldo Artaza:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Braulio Carrasco:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft– review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the author/s assure/s that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he/she/they also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 28/03/2023
 - Desk review and plagiarism check: 10/04/2023
 - Review 1: 20/04/2023
 - Review 2: 27/04/2023
 - Review 3: 28/04/2023
 - Review 4: 29/04/2023
 - Review 5: 30/04/2023
 - Preliminary editorial decision: 21/05/2023
 - Correction round return: 01/06/2023
 - Final editorial decision: 18/06/2023
- **Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 5

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARTAZA, Osvaldo; CARRASCO, Braulio. Evaluación crítica de la regulación y el uso de la suspensión condicional del procedimiento en el marco de la persecución penal a personas jurídicas por el delito de soborno en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 789-823, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.835>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Subtracção de menor por um dos pais: eficácia prática no contexto parental

*Subtraction of a child by one of the parents: practical
effectiveness in the parental context*

Ofélia Coutinho¹

Universidade de Macau, Macau, China

ofeliacoutinho@yahoo.com.br

 <https://orcid.org/0000-0003-2249-7751>

RESUMO: A subtracção gera desafios e perigos para a vítima que clamam por implementação de medidas mais efectivas em relação ao progenitor incumpridor da decisão judicial de regulação das responsabilidades parentais de modo a prevenir ofensas a bem jurídicos da vítima que se caracteriza pela sua vulnerabilidade em razão da sua idade dependência face ao progenitor. Questiona-se, tendo em referência a protecção dos direitos fundamentais do menor subtraído; as dificuldades probatórias que subjaz ao crime de subtracção de menor; a presunção da inocência a favor do arguido; a antecipação da tutela processual penal e a tomada das declarações do menor. a a intensidade e a relevância da lesão, face a uma vítima que se caracteriza pela sua vulnerabilidade. Em sede de conclusões, observa-se que a realidade fáctica subjacente à subtracção carece da introdução de mecanismos legais de tutela mais efectivos e abrangentes de prevenirem incumprimentos das decisões dos tribunais, com o fito de reforçar a protecção das crianças e dos pais vítimas deste tipo de crime no quadro do exercício do poder paternal.

PALAVRAS-CHAVE: subtracção de menor; protecção das crianças; protecção do poder parental; tutela penal da subtracção de menor.

ABSTRACT: *Abduction creates challenges and dangers for the victim who call for the implementation of more effective measures in relation to the parent who fails to comply with the judicial decision regulating parental responsibilities in*

¹ Doutoranda e mestre pela Universidade de Macau, China.

order to prevent offenses to the victim's legal rights, which is characterized by its vulnerability due to its age dependence on the parent. It is questioned, with reference to the protection of the fundamental rights of the subtracted minor; the probative difficulties underlying the crime of child abduction; the presumption of innocence in favor of the defendant; the anticipation of criminal procedural protection and the taking of the minor's statements the intensity and relevance of the injury, compared to a victim who is characterized by his vulnerability. In terms of conclusions, it is observed that the factual reality underlying subtraction requires the introduction of more effective and comprehensive legal mechanisms of guardianship to prevent non-compliance with court decisions, with the aim of strengthening the protection of children and parents victims of this type of crime within the framework of the exercise of parental authority.

KEYWORDS: *abduction of a minor; protection of children; protection of parental authority; penal protection of the abduction of a child.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Crime de Subtração de Menor. 1.1. Enquadramento. 1.2. Elementos do crime. 1.3. Natureza jurídica. 2. Dados estatísticos sobre a subtração de menor em Macau e Portugal. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. A vítima em processo penal. 4.1. A vítima vulnerável. 4.2. Declarações para memória futura. 4.3. Mecanismos de protecção policiais e legais para as vítimas. 5. O ónus da prova e a presunção da inocência. 5.1. A prova a cargo do Ministério Público. 5.2. O ónus da prova de argumentação favorável que impedem sobre o arguido. 5.3. Justiça restaurativa. 6. Tutela penal da subtração de menor: o crime de subtração de menor. 7. Tutela do poder paternal. 8. Procedimentos judiciais no âmbito da subtração de menor: análise comparada. 9. Articulação entre o fórum civil e o fórum penal para o combate do crime de subtração de menor. 9.1. Articulação entre o tribunal de família e menores com outros sectores.

INTRODUÇÃO

Parece-nos correcto considerar que, bastaria a qualificação jurídica dos factos imputados única e exclusivamente ao progenitor que subtrai a criança do casal, para sustentar que existem indícios para a responsabilização criminal na prática do crime de subtração de menor,

do artigo 241.º do CP. A letra do artigo 241.º do CP deve ser interpretada em articulado com as disposições previstas nos 1733.º e ss, mercê da relação familiar entre o arguido e a vítima.

A criança subtraída por um dos pais não é realmente livre, está em risco. A eficácia com que o sistema reage ao crime de subtração e os mecanismos jurídicos de que dispõe para obstar a consumação do perigo², estão longe do alcance das normas do direito penal, cujo princípio da intervenção mínima propugna uma intervenção de *ultima ratio* ³.

Sendo assim, subjacente à escolha do tema encontra-se a tentativa de reflexão sobre a possibilidade de introdução de outros mecanismos legais de tutela mais efectivos, susceptíveis de serem utilizados em relação ao progenitor incumpridor das decisões dos tribunais. Dessa forma, será possível encontrar, esperamos, respostas legais mais especializadas e mais proveitosas para melhor se alcançarem resultados concordantes com os direitos fundamentais, concedendo a protecção devida à criança, eliminando a sua vitimização recorrente e prevenindo a conduta ilícita praticada por um dos progenitores.

No que diz respeito à metodologia, desenvolve-se uma pesquisa quantitativa e qualitativa, a partir de estudos bibliográfico de lições doutrinárias, associada as decisões jurisprudenciais e dos dados estatísticos oficiais de Macau e de Portugal. As propostas de solução terão por referência os ordenamentos jurídicos de Macau e Portugal.

1. CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR

1.1 ENQUADRAMENTO:

O crime de subtração de menor é essencialmente familiar, de raiz patriarcal, e está tipificado no artigo 241.º do CP de Macau⁴. O preceito consagra

² OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho. Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Porto: Universidade do Porto, 2014, pp. 13-14, disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/68997/2/24817.pdf>. Acesso a 06/05/2023.

³ BELEZA, Teresa Pizarro. Direito Penal, Lisboa: AAFDL, vol. I, 2010. p. 35.

⁴ Artigo 241.º do CP de Macau: Quem a) subtrair menor, b) se recusar a entregar menor, ou c) por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar o menor a fugir à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou

três formas de subtração⁵, nomeadamente: a) subtração simples, ou seja, separar fisicamente o menor da esfera jurídica de um progenitor; b) subtração com violência ou ameaça com mal importante que consiste por exemplo em ameaçar/instigar, manipular ou coagir o menor a fugir de casa); c) a recusa de entrega de menor quando devida (a tónica criminosa é a recusa sem justa causa, não se abrangendo as condutas de atraso na entrega da criança).

O agente pode ser qualquer pessoa, pai/mãe que não detém a guarda da criança, os progenitores quem detém a guarda ou um terceiro, tal como refere a al. a) do n.º 1 do artigo 241.º do CP de Macau. Trata-se, por isso, de um crime comum⁶.

A vítima no processo penal pode ser pai/mãe visitante ou pai/mãe guardião, tutor ou instituição, que ocupe essa posição jurídica no âmbito do acordo/decisão judicial de regulação do exercício do poder parental, nos termos do artigo 114.º do Regime Educativo de Protecção Social e Jurisdição de Menores (REPSJM)⁷ e artigo 1760.º do Código Civil (CC)⁸.

A conduta pode englobar, assim, comportamentos de crime aparente de ameaça, se o agente praticar crime contra a liberdade pessoal da criança, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou prejudicar a sua liberdade de autodeterminação, nos termos do artigo 147.º do CP; (crime de coacção, artigo 148.º do CP); (crime de sequestro, artigo 152.º do CP); (crime de rapto, artigo 154.º do CP), aplicando-se a norma que estabelecer mais adequada protecção dos valores lesados, ou seja que estabelecer um tratamento mais severo⁹.

tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado é punido com prisão até 3 anos. 2. O procedimento penal depende de queixa.

⁵ HENRIQUES, Manuel Leal. Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Parte Especial, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, vol. V, 2017, pp. 67 e ss.

⁶ LOPES, Joana Sachse Cardoso. Do crime de subtração de menor, evolução legal e reflexões críticas, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 24, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt>. Acesso a 20/10/2022.

⁷ Artigo 114.º do RESPJM: homologação do Acordo sobre o exercício do poder paternal (...).

⁸ Artigo 1760.º do CC: Exercício do poder paternal, nos casos de divórcio litigioso ou anulação do casamento.

⁹ GONÇALVES, Maia M. Código Penal Português, Anotado e Comentado e Legislação Complementar, Coimbra: Almedina, 1995, p. 809.

Em Portugal por exemplo, não é qualquer incumprimento do exercício do poder parental que permite a imputação do crime de subtracção de menor, embora se valorizem os atrasos/dificuldades na entrega do menor, a conduta repetida, injustificada e grave, nos termos consagrados no artigo 249.º, n.º 1 al. c) do CP Português.

No Brasil, a subtracção de incapaz encontra outras formas de tutela à luz do artigo 249.º do CP brasileiro¹⁰. Se a subtracção possui finalidade específica de colocação em lar substituto, há lugar à condenação, podendo ser imposta pena mais severa ao agressor, nos termos do artigo 237.º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)¹¹. Se o progenitor, tutor ou curador com pátrio poder, subtrair o menor ao outro pai, fica isento de culpa, justificando-se assim os comportamentos para autotutela do direito, uma vez que pode ser concedido o perdão judicial, nos termos do artigo 107.º, IX do CP brasileiro.

1.2 ELEMENTOS DO CRIME

No crime de subtracção de menor, é estabelecida uma dupla protecção¹², por um lado, o interesse do próprio menor e a sua opinião¹³, e por outro, em favor desta, integram o convívio e a protecção activa da criança pelos dois pais¹⁴. O elemento objectivo é o conhecimento e a vontade em realizar o facto típico. O objecto da acção é sempre, tal como

¹⁰ Artigo 237.º do ECA: Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

¹¹ Artigo 107.º, IX do CP brasileiro: extinção da punibilidade, pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1062/15.1GEALM.L1-9, de 21-04-2022, disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso a: 21/11/2022.

¹³ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral-Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 277.

¹⁴ MARQUES, Nuno Miguel Dias Curado, Subtracção de menores quando o progenitor é o criminoso, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2017, p. 21, disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24846/1/Dissertacao_Nuno_Marques.pdf. Acesso a 16/05/2023.

resulta do artigo 241.^o, menor de 18 anos de idade. Os meios de actuação do raptor são: a recusa/dificuldades na entrega da crença¹⁵.

O bem jurídico protegido é o direito ao exercício sem entraves ilícitos dos conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais¹⁶, os quais integram o convívio e a protecção activa da criança por ambos os pais, no interesse deste¹⁷, lidos em conjugado com os artigos 1733.^o e ss. do CC¹⁸, cujo respeito a norma penal visa garantir¹⁹.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

O crime diz-se de execução vinculada, específico e de resultado. Pode ser praticado por acção ou omissão, por força da extensão do artigo 9.^o do CP. O ilícito, em qualquer das vertentes do artigo 241.^o, n.^o 1 do CP reveste sempre natureza semipública²⁰. Para que o Ministério Público possa promover o processo, o titular dos interesses especialmente

¹⁵ SANTOS, André Teixeira dos. Do crime de subtracção de menor Nas-Novas” Realidades Familiares, Lisboa: Julgar N.^o 12 (especial) – 2010, pp. 233-235, disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/221-252-Crime-de-subtrac%C3%A7%C3%A3o-de-menor.pdf>. Acesso a 16/05/2023.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.^o 866/15.0PELSB.L1-5, de 07-02-2017, disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 21/11/2022. Vide também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz das Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2.^a ed, 2010, p. 485.

¹⁷ J. M. DAMIÃO Cunha, in FIGUEIREDO DIAS (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, Tomo II, 1999, p. 614.

¹⁸ Artigos 1733.^o e ss. do CC: exercício do poder paternal.

¹⁹ LEITE, André Lamas, O Crime de Subtracção de Menor - Uma Leitura do Reformado Art. 249.^o do Código Penal, Lisboa: Julgar, n.^o 7, Janeiro-Abril, 2009, p. 119. ver também, NEVES, José Francisco Moreira das, *Violência Doméstica – Bem jurídico e boas práticas*, Revista do CEJ, XIII ed. pp. 43-62, 2010. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Editora Universidade Católica, 2015, p. 591.

²⁰ LEAL, Ana Teresa. A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais- O Crime de Subtracção de Menor, Portugal: DataVenía, ISSN 2182-6242 Ano 2, N.^o 03, Fevereiro, 2015, p. 421., disponível em: <https://www.datavenia.pt>. Acesso a 21/11/2022.

protegidos²¹, deve apresentar queixa conforme subscrevem os artigos 241.º, n.º 2 e 193.º ambos do CP, sob pena desse direito se extinguir no prazo de 6 meses, contados a partir da data em que o ofendido tiver tido conhecimento do facto, conforme o disposto no artigo 38.º, do CPP. O arguido é punido dentro da moldura abstracta até 3 anos de prisão, tal como prescreve a al. c) do n.º 1, do artigo 241.º do CP. Não obstante, a intenção do legislador terá sido a de criar um regime especial de atenuação da pena²², por isso, a mera tentativa de subtração não é punível, tal como subscreve o artigo 22.º, n.º 1, do CP.

2. DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A SUBTRACÇÃO DE MENOR EM MACU E PORTUGAL

Dos dados colhidos constatamos que, a Autoridade Central da RAEM, (Instituto de Acção Social) prestou assistência em 4 casos de subtração de menor de 2002 a maio de 2009 e 2011, envolvendo deslocações para Franca (1 caso); Alemanha (1 caso); Austrália (1 caso)²³ e, Canada (2 casos)²⁴.

²¹ GASPAR, António Henriques; CABRAL, José António Henriques dos Santos; COSTA, Eduardo Maia; MENDES, António Jorge de Oliveira; MADEIRA, António Pereira; GRAÇA, António Pires Henriques da. Código de Processo Penal Português Comentado, Coimbra: Almedina, 2014., p. 183. Ver também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português- As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Editora, Coimbra, pp. 664 – 665, 1993.

²² HENRIQUES, Manuel Leal, Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, vol. I, 2018, p. 321.

²³ Convention on the Rights of the Child, Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention Second periodic reports of States parties due in 2009, Macau, China, [16 July 2010], pp. 13-14. “The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 is applicable to the MSAR. Being the Central Authority for the MSAR, the SWB provided assistance in 3 cases from 2002 until May 2009”, disponível em: <https://www.ias.gov.mo>. Acesso a 11/10/2022.

²⁴ Response of the Government of the Macao Special Administrative Region to the List of Issues of the Committee on the Rights of the Child of 7 February 2013 (CRC/C/CHN/Q/3-4). In Connection with the Combined 3rd and 4th Reports on the Convention on the Rights of the Child and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography Submitted by the People’s Republic of China, 2013, p. 43, disponível em: <https://www.ias.gov.mo>. Acesso a 11/10/2022.

Desde logo, é possível inferir que a tendência para a prática do crime de subtração de menor na RAEM, é, apesar de tudo, decrescente. Verifica-se, também, que se mantém estável a proporção entre número de crimes registados e o número de condenados.

N.º crimes			Ano			
Tipo de crime (Nível 1)	Tipo de crime (Nível 2)	Tipo de crime (Nível 3)	2002	2003	2004	2011
CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtração de menores	1	-	2	2

Perante a escassez de informação actualizada sobre o problema em Macau, os dados que se seguem foram extraídos das estatísticas portuguesas dos crimes registados pelas autoridades policiais, por crime de subtração de menor, nos anos de 2019 a 2021.

Num olhar mais detalhado, os processos crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020 abordam as seguintes categorias de dados:

-Arguidos em processo-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020;

-Condenados em processo-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020;

-Duração média dos processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020²⁵.

²⁵ Direcção Geral de Política de Justiça, inf. N.º 118/DSEJI/21/09/2022: Notas metodológicas: a) a contabilização dos processos tem em conta o crime mais grave; b) não são contabilizados os processos transitados, apensados, incorporados ou integrados, remetidos a outra entidade e os processos com termo “NE” e modalidade do termo; c) os dados estatísticos sobre processos nos tribunais judiciais de 1.ª instância são recolhidos a partir do sistema informático dos tribunais

A subtração de menor, representa em Portugal um número muito superior em relação à RAEM. O quadro abaixo reflete os números registado de crimes de subtração de menor, nos tribunais judiciais de 1ª instância, que compreende, a subtração simples com ameaça/violência e recusa na entrega da criança.

Da análise dos dados é possível verificar uma ligeira redução de crimes registados pelas autoridades policiais, por crime de subtração de menor sem alterar, contudo, a tendência geral.

N.º crimes			Ano		
Tipo de crime (nível 1)	Tipo de crime (nível 2)	Tipo de crime (nível 3)	2021	2020	2019
(CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtração de menores	385	394	400

TABELA 1. Crimes registados pelas autoridades policiais, por crime de subtração de menores, nos anos de 2019 a 2021

O quadro seguinte releva, numa óptica de percepção da reacção por parte do sistema judicial dos processos-crime na fase de julgamento nos tribunais judiciais de 1ª instância. É possível inferir que houve uma ligeira subida de 2018 a 2019 e uma tendência decrescente de 2019 a 2020, os números de processos registados por crime de subtração de menor.

N.º processo			Ano		
Tipo de crime (nível 1)	Tipo de crime (nível 2)	Tipo de crime (nível 3)	2020	2019	2018
(CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtração de menores	17	29	27

TABELA 2. Processos crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020

representando a situação dos processos registados nesse sistema. Data da última actualização: 29.10.2021, disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/site/pt-pt/paginas/default.aspx.correio@dgpj.mj.pt>. Acesso a 16/10/2022.

É possível perceber, que muitos crimes registados não chegam à fase de julgamento.

N.º Arguidos			Ano		
Tipo de crime (nível 1)	Tipo de crime (nível 2)	Tipo de crime (nível 3)	2020	2019	2018
(CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtracção de menores	17	29	27

TABELA 3. Arguidos em processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020

No que se reporta a condenação em processo-crime em fase de julgamento findos nos tribunais de 1.ª instância, em 2018, foram condenados 14 arguidos, em 2019, 15 arguidos e, em 2020, 12 arguidos.

N.º condenados			Ano		
Tipo de crime (nível 1)	Tipo de crime (nível 2)	Tipo de crime (nível 3)	2020	2019	2018
(CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtracção de menores	12	15	14

TABELA 4. Condenados em processos crime em fase de julgamento findos nos tribunais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020

Relativamente às penas aplicadas pelo crime de subtracção de menor, prevalecem em grande medida, penas de suspensão com regime de prova, com sujeição à observância de condutas ou deveres. Esta penas representam cerca de 10 das penas aplicadas em 2018, cerca de 13 das penas aplicadas em 2019 e cerca de 13 das penas aplicadas em 2020.

Duração média (em meses)			Ano		
	Tipo de crime (nível 1)	Tipo de crime (nível 2)	Tipo de crime (nível 3)	2020	2019
(CP) Contra a vida em sociedade	Contra a família	Subtração de menores	13	13	10

Duração média (em meses) dos processos crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, por crime de subtração de menores, nos anos de 2018 a 2020

Os números percorridos demonstram uma realidade gritante sobre a qual importa intervir. É possível, por um lado, perceber que o número de crimes registados é claramente inferior ao número das condenações. Em processos findos foram constituídos arguidos por crime de subtração de menor, no ano de 2021, 385 pessoas, 394 pessoas em 2020 e 400 pessoas em 2019. Foram condenados, em 2020, 12 arguidos. Em 2019, foram condenados 15, em 2018, 14 arguidos.

A preocupação acresce relativamente às condenações por crime de subtração de menor, insinuando-se a insuficiência/desadequação do contexto penal, como adequada em termos de prevenção geral. As penas aplicadas neste âmbito, são em grande medida, penas suspensas, com regime de prova.

O juiz, e o Ministério Público na fase do inquérito em processo penal, apesar de procederem à análise de todos os indícios ou meios de prova que os possam suportar, constatam frequentemente a ausência de provas directas, havendo que conjugar todos os indícios, circunstâncias, para se obter conclusões seguras e sólidas. Não podemos olvidar que na apreciação da prova dos factos o juiz aprecia segundo as regras da experiência e a livre convicção, conforme o preceituado no artigo 114.º do CPP. Face ao acervo probatório é necessário que o tribunal expresse o modo como alcançou essa convicção quanto à autoria dos factos, procedendo à indicação dos fundamentos, motivos ou razões que foram decisivos no processo decisório. Sendo comprovados os indícios em julgamento, demonstrada a culpabilidade do arguido, decreta-se a sua condenação.

Há subtrações que são difíceis de provar, nomeadamente nos casos em que não se mostra verificada a existência de qualquer incumprimento por falta de participação do progenitor (*non facere*). O tribunal não considera verificado qualquer facto que não esteja acompanhado do respetivo acervo probatório. Quando não haja fixação do exercício do poder paternal, através de um acordo homologado/decisão judicial, o artigo 241.º do CP/M o crime em causa não tem aplicação ao progenitor da criança subtraída. Outra questão relaciona-se com as queixas/denúncias que, como verificamos, são muito maiores do que as condenações. Há um inflacionar do número de inquéritos crime em processo penal que pode estar relacionada com a desistência do processo, eventualmente resultante de um acordo posterior entre os progenitores.

Pelas particularidades do delito, em sede de audiência, discussão e julgamento, muitos arguidos acabam condenados a pena suspensa, nos termos do artigo 263.º do CPP. A sentença judicial, não obstante, a sua característica de acto de autoridade, é também susceptível de ser interpretada em harmonia com as boas regras da hermenêutica. Todas as circunstâncias atenuantes/agravantes que fazem parte do tipo são determinadas dentro da moldura penal abstracta, conforme prevê os artigos 65.º e 66.º do CPP.

Neste domínio, e tal como mostram os dados, o tribunal pode suspender a execução da pena de prisão em medida não superior a 3 anos, nos termos preceituados no artigo 48.º do CPP. Bem explica a doutrina, que a pena do crime de subtração ainda suscita questões ao nível da própria investigação ou de afastamento do perigo de repetição da conduta²⁶. Condenar um progenitor por subtração do filho parece ser considerado uma realidade distante, vez que, o direito penal deve ser a *última ratio* da intervenção estatal, qualquer punição é no âmbito civil parece, neste caso, ter prevalência. Para atenuar o risco da subtração, os tribunais de família e menores devem, pois, implementar medidas mais progressivas e restritivas de modo a prevenir uma recusa em incumprimento das obrigações parentais, por um dos pais. A par da perseguição penal dos arguidos, podem adoptar-se resposta céleres buscando evitar a subtração, a reincidência a vitimização recorrente.

²⁶ SANTOS, André Teixeira dos. *Do Crime de Subtração de Menor Nas “Novas-Realidades Familiares*, ob. Cit, p. 227.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As lutas pela dignidade da pessoa humana começam com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos termos do artigo 1.º, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos²⁷. Encontramos disposição semelhante no artigo 30.º da Lei Básica da RAEM, no qual arrancam tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais²⁸. Facilmente podemos atestar que a concepção da dignidade da pessoa humana²⁹ tem uma ligação umbilical com a liberdade e a igualdade³⁰.

O alarme social que tem revestido alguma importância gravita no conteúdo que para nós todos constitui o que é proibido³¹, aquele cuja violação arrancam a liberdade e igualdade, cuja observância vinculada é imprescindível no Estado Democrático³². Um perigoso assalto à dig-

²⁷ Artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

²⁸ MIRANDA, Jorge. Valores permanentes da Constituição portuguesa, Almedina: Julgar, N.º 29, 2016, p. 44, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/JULGAR-36-03-JM.pdf>, acesso a 06/05/2023.

²⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina: Coimbra, 2010, pp. 96-97.

³⁰ BOTELHO, Catarina Santos, A dignidade da pessoa humana – Direito subjectivo ou princípio axial?, Universidade Portucalense, Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal, N.º 21, ISSN-e: 2183-5705 (21), 2017, 274, doi: <http://dex.doi.org/10.21788/>, <https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/752>. Acesso a 06/05/2023.

³¹ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho. Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Porto: Universidade do Porto, 2014, p. 12, <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/68997/2/24817.pdf>. Acesso a 12/05/2023.

³² LUCA, Luiz Gustavo Canuto de. Lei Maria da Penha aplicada para proteger homens: Um estudo jurisprudencial sob a perspectiva do princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2011, p. 47, <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/429/1/Luiz%20Gustavo%20Canuto%20de%20Luca.pdf>. Acesso a 13/05/2023.

nidade humana que impedem a realização das pessoas³³. Porque aqui se percebe que a criança está em perigo constante de violação do direito dos seus direitos fundamentais³⁴. A dignidade da pessoa humana, procura proteger, não somente o direito de a criança receber o amor dos dois pais, mas também, a igualdade, a liberdade, a igualdade e os demais direitos das pessoas³⁵, previstos nos artigos 28.º e 38.º da Lei Básica. Os benefícios decorrentes de se evitar a dor, devem ser garantidos pelas ordens jurídicas democráticas³⁶. A eficácia com que o sistema reage ao crime de subtração e os mecanismos jurídicos de que dispõe para obstar a consumação do perigo³⁷, estão longe do alcance das normas do direito penal. As soluções legais e jurisprudenciais para determinados comportamentos, que são absolutamente condenáveis e ilícitos³⁸, tem um limite mínimo de condições reais na ratio do artigo 241.º do CP, lidas e interpretada em estreita articulação com as disposições da lei civil, dos artigos 1733.º e ss³⁹. No fim de contas, o nosso pensamento está de acordo que, não é realmente livre o menor que não tem acesso ao outro

³³ CAETANO, João Relvão, *A harmonização de Direitos no Direito Europeu*, Lisboa: Universidade Aberta, 2007, pp. 149.

³⁴ SANTOS, Hugo Luz dos e WEI, Wang, A privacidade da temática e a privacidade espacial nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: Algumas notas à luz do conceito de “Ambiente Inteligente”, *Administração*, vol. XXIX, n.º 114, 4.ª ed, pp. 239-262, 2016, p. 246, disponível em: <https://www.safp.gov.mo>, Acesso a 18/05/2023.

³⁵ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*, ob. Cit, p. 15.

³⁶ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*, ob. Cit, p. 16.

³⁷ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*, ob. Cit, pp. 13-14.

³⁸ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*, ob. Cit, pp. 13-14.

³⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 41/19.4PCOER. L1-3, de 13-07-2022, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/67e701ed62ec4734802588e20048df76?OpenDocument>. Acesso a 12/05/2023.

pai⁴⁰. Esta perspectiva leva-nos a concordar que em Macau, os direitos fundamentais terão que ser encarados de forma extremamente séria e com os olhos postos no futuro⁴¹. Assinala-se nesse âmbito, como recor-dável, uma investigação criminal mais activa, tomadas em conexão com o processo penal, por exemplo à suspensão da pena, mas, que utilizem prevalentemente as medidas de natureza civil, para atenuar os riscos de continuação da actividade criminosa e reduzir as vitimizações.

4. A VÍTIMA EM PROCESSO PENAL

É considerada vítima de um delito a pessoa que tenha injustamente sofrido de um mal⁴², à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, causado por outra pessoa. Ao mesmo tempo deparamo-nos com as vítimas especialmente vulneráveis em razão da sua idade, suscetíveis de acentuar a sua fragilidade face à subtracção, como referem os artigos 111.º e ss do CC⁴³.

Desde logo, a vítima deve constituir-se assistente, de acordo com o artigo 57.º do CPP, desde que maior de 16 anos. Infelizmente, em Macau não existe disposição explícita na Lei Básica que define a figura de assistente, contudo, aproveitamos as disposições do artigo 36.º, onde se lê: os residentes de Macau têm o direito de intervir no processo contra os actos dos serviços do argão executivo e do seu pessoal”, desde que representado pelo seu advogado, nos termos do artigo 59.º do CPP. Assim, a vítima pode prestar queixa, nos termos do n.º 1 do artigo 105.º do CP; intentar um pedido de indemnização pelos danos sofrido, em conformidade com o artigo 60.º e ss do CPP; colaborar com

⁴⁰ OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, ob. Cit, p. 16.

⁴¹ CARDINAL, Paulo, *Estudos de Direitos Fundamentais: No contexto da Jus-macau*, Macau, Editora Fundação Rui Cunha, ISBN, 978-999965-761-2-6, 2015, p. 37.

⁴² ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S, O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização, Macau: Universidade de Macau, 2017, p. 24, disponível em: <https://webmail.um.edu.mo/>. Acesso a 06/05/2023.

⁴³ ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S, O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização, Universidade de Macau, ob. Cit, p. 26.

o Ministério Público para a descoberta da verdade material, de acordo com o n.º 2 do artigo 58.º do CPP; acusar independentemente da do Ministério Público por factos diversos dos levado à acusação pública ou abster-se de a deduzir, como consagra o artigo 58.º, n.º 2, al. b) e artigos 266.º do CPP. A mesma possibilidade é conferida ao incapaz na al. d) do artigo 57.º do CPP, carecendo de um representante legal⁴⁴. Na sua falta, sendo o ofendido ser menor, às pessoas e instituições previstas no Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, REPSJM e disposições do artigo 111.º e ss, artigos 1736.º, 1732.º e ss do CC, poder paternal, e subsidiariamente, pela tutela. O legislador pretendeu dar voz à vítima de se fazer valer dos direitos e participar no processo penal⁴⁵. A prova disso é o disposto no n.º 2 do artigo 57.º do CPP. Parece-nos correcto considerar que, a subtracção carece da consagração no REPSJM, o Esttuto da Vítima⁴⁶, por forma a que os direitos fundamentais da vítima⁴⁷ estejam devidamente protegidos. Sendo certo que, nesta matéria, as vítimas podem ser protegidas contra a vitimização secundária e repetida, e beneficiar de apoio adequado para facilitar a sua recuperação e de acesso suficiente à justiça⁴⁸.

⁴⁴ Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto. *Código de Processo Penal Comentários e Notas Práticas*, Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 181.

⁴⁵ SILVA, Madalena Barreiros Henriques, *Protecção da vítima no processo penal-Análise crítica da evolução do estatuto processual da vítima*, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020, p.19, disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/49617/1/ulfd0148994_tese.pdf. Acesso a 06/06/2023.

⁴⁶ LEITE, Inês Ferreira. Violência doméstica e violência interpessoal: contributos sob a perspectiva do Direito para a racionalização dos meios de prevenção e protecção, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 10, pp. 31-68, 2019, p. 44, disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso a 06/05/2023.

⁴⁷ SILVA, Madalena Barreiros Henriques. *Protecção da vítima no processo penal-Análise crítica da evolução do estatuto processual da vítima*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, p.19, disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/49617/1/ulfd0148994_tese.pdf. Acesso a 06/06/2023.

⁴⁸ Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, JO L 328 de 15.12.2009, (nota 43), p. 42.

4.1. A VÍTIMA VULNERÁVEL

Têm sido profusos os instrumentos lavrados sobre esta matéria, vocacionados para a protecção da vítima vulnerável⁴⁹. Convém lembrar o artigo 1.º do DUDH, o qual se reconhece esse direito⁵⁰. Ao lado deste instrumento, temos o Pacto Internacional de 1966 sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e a Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança. É possível perceber ao longo do texto da Convenção sobre os Direitos, os direitos à sobrevivência e desenvolvimento harmonioso (artigo 6.º); a protecção da identidade (artigo 8.º); à não separação dos seus pais, salvo se tal for considerado necessário para assegurar o seu superior interesse (artigo 9.º); a exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito, desde que lhe seja reconhecida capacidade de discernimento (artigo 12.º); a protecção da vida privada (artigo 16.º); a protecção contra maus-tratos e negligência (artigo 19.º); a protecção quando privada de ambiente familiar (artigo 20.º); a saúde e ao acesso a serviços médicos (artigo 24.º); a revisão periódica de medida de colocação em instituição (artigo 25.º); e, a sua recuperação quando vítima de maus-tratos e negligência (artigo 39.º)⁵¹. No âmbito nacional constitucional e processual, importa atender ao artigo 25.º da Lei Básica; artigo 57.º do CPP, legitimidade para se constituir assistente; artigo 58.º do CPP, posição processual do assistente; artigo 59.º do CPP, representação judiciária do assistente; artigo 64.º, dever de informação; artigo 327.º do CPP, declarações do assistente. Reconhece-se também nos artigos 28.º e 38.º da Lei Básica, o direito a liberdade e ao amparo. Na Lei n.º 2/2016/M, Lei de prevenção e combate à violência doméstica e no direito Civil, o Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, que regula o regime de jurisdição de menores (REPSJM).

⁴⁹ LEITE, Ana Raquel Gomes, A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, CEJ, ISBN 978-972-9122-98-9, 1.ª ed. 2021, p. 13.

⁵⁰ Artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

⁵¹ Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança.

Reconhece-se ainda que as crianças também são vítimas deste tipo de violência, nomeadamente, enquanto testemunhas de comportamentos violentos praticados no seio da família⁵², cujo abuso emocional pode ser tão prejudicial quanto a violência puramente física⁵³. A criança corre, pois, o risco de vitimação directa ou vitimação indirecta, onde fica num canto a ouvir gritos ou uma multiplicidade de situações a que esta sujeita⁵⁴, que a aterroriza, a oprime, a força a viver em ambientes hostis e perigosos e expõe a modelos negativos e violentos⁵⁵, praticados no seio da família⁵⁶. A conduta do pai agressor agrava-se por praticar, o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima⁵⁷.

A vítima vulnerável beneficia de um tratamento específico⁵⁸, que passa pela prestação de consentimento para prestar depoimento, tendo em conta a sua idade e maturidade⁵⁹, nos termos do artigo 14.º do Lei n.º

⁵² LEITE, Ana Raquel Gomes. A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, ob. Cit, p. 13.

⁵³ MIRANDA, Francisco Javier Forcada. Subtração internacional de menores: excepção ao retorno e violência intrafamiliar, Almedina: Julgar, N.º 37, p. 77-96, 2019, p. 86, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/01/JULGAR37-05-FM.pdf>. Acesso a 06/05/2023.

⁵⁴ SANI, Ana Isabel, Vitimação indirecta de crianças em contexto familiar, *Análise Social*, vol. XLI (180), pp. 849-864, 2006, p. 850, disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218722582J2vZM0qb0Xf05ZG5.pdf>. Acesso a 05/05/2023. Ver também, PAULINO, Mauro, “Violência doméstica – impacto na estabilidade emocional das crianças acolhidas conjuntamente com familiar(es) em casa de abrigo”, “Prevenir ou Promover – uma solução para cada criança”, 2018, disponível em: <https://www.justicatv.com/2018/arquivo.php?cat=970>. Acesso a 15/05/2023.

⁵⁵ LEITE, Ana Raquel Gomes, *A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ob. Cit, p. 16.

⁵⁶ LEITE, Ana Raquel Gomes, *A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ob. Cit, p. 13.

⁵⁷ N.º 2 do artigo 67.ºA do CPP português.

⁵⁸ LEITE, Ana Raquel Gomes, *A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ob. Cit, p. 18.

⁵⁹ BORJA, Leticia Lopes, MENESES, Isabel Rodrigues de, MATEUS, Júlia Vitória da Silva Cavalcante, CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda, O direito de voz

2/2016/M, sem prejuízo do disposto no CPP, que garante o contraditório em processo penal. Podíamos, nestes termos recorrer pela prova testemunhal nos termos dos artigos 115.º, artigos 131.º e 327.º do CPP, contudo, quando a vítima corre o risco de, por exemplo de sofrer novas vitimações, pode ser dispensada de depor como testemunha, como prevê o artigo 121.º do CPP e n.º 3, al. 3) do artigo 14.º da Lei. Neste caso, a investigação do mesmo depara-se com obstáculos ao nível da aquisição de prova⁶⁰. Sem, contudo, subestimar a força probatória de outros meios de prova do artigo 112.º do CPP, a prova pericial (artigos 139.º e ss e o n.º 3, al. d) do artigo 141.º do CPP) é relevante para evitar a vitimização secundária da criança, evitar abusos e garantir a celeridade do processo, em audiência de discussão e julgamento, bem como para influenciar na decisão⁶¹. Contudo, é importante evitar o uso de perícias vão para além do escopo do que se pretende⁶². A este propósito, o juiz indica o objecto da perícia, dando instruções que devem ser seguidas, nos termos do artigo 141.º do CPP. Assim, é possível detectar as situações de risco para a criança, como, presença de elementos ligados aos maus tratos e violência doméstica, comportamentos agressivos, vínculos de afectividade, os peritos podem fornecer pistas específicas e relevantes derivadas da psicologia do testemunho, que ajudam a avaliar a fiabilidade deste tipo de relatos⁶³. Quando é possível obter informações por outros meios (policia criminal, acção social), o tribunal decide se essenciais, nos termos do artigo 142.º do CPP. Finda a perícia, elabora-se um relatório, ao juiz, indicando o impacto físico

das crianças na subtracção internacional de menores e a emergência de critérios de avaliação, Belo Horizonte: e-Civitas -Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, vol. XV, número 2022–ISSN: 1984-2716, 1, julho de 2022, p. 159, disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3466/pdf>. Acesso a 17/05/2023.

⁶⁰ LEITE, Ana Raquel Gomes, *A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ob. Cit, p. 18.

⁶¹ MIRANDA, Francisco Javier Forcada, *Subtracção internacional de menores: excepção ao retorno e violência intrafamiliar*, ob. Cit, p. 90.

⁶² MIRANDA, Francisco Javier Forcada, *Subtracção internacional de menores: excepção ao retorno e violência intrafamiliar*, ob. Cit, p. 90.

⁶³ MIRANDA, Francisco Javier Forcada, *Subtracção internacional de menores: excepção ao retorno e violência intrafamiliar*, ob. Cit, p. 90.

e psicológico sobre a criança ou que medidas a serem tomadas para atenuar esse impacto ou ainda propor medidas de protecção à criança, assistentes sociais, psicólogos, nos termos do artigo 143.º do CPP. Contudo, a prova pericial fica à livre apreciação do julgador, nos termos dos artigos 149.º e 114.º do CPP. Sendo certo que o plano do artigo 184.º do CP, (medida específica de coacção) não são aplicáveis à subtracção de menores. A subtracção clama por mecanismos legais de tutela mais progressivos e restritivos, por exemplo, providenciar formação específica a determinados profissionais que possam lidar com estes casos⁶⁴; juntar a competência penal e civil numa mesma secção; aumento do valor das indemnizações, que podem forçar os pais a desencorajar a prática do delito.

4.2. AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

A prova tem que ser obrigatoriamente produzida em julgamento (princípio da imediação)⁶⁵. A imediação parece alargar o âmbito de aplicação para as declarações para memória futura, às testemunhas especialmente vulneráveis, com previsão no artigo 27.º da Lei n.º 2/2016/M, sem prejuízo do disposto no artigo 253º do CPP - um meio alternativo de reforça a tutela judicial da vítima⁶⁶, evitar a vitimização secundária e repetida⁶⁷ e à sujeição da vítima a pressões desnecessárias⁶⁸. A Directiva da PGR 5/2019,

⁶⁴ ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S. *Breves apontamentos sobre a Lei n.º 2/2016, Medidas de protecção e medidas de coacção: Direito da Mulher e da Criança*, Macau: Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, pp. 209-222, 2017, pp. 215.

⁶⁵ HENRIQUES, Manuel Leal. *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, artigos 176.º a 361.º*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciaria, vol. II, 2014, p. 343.

⁶⁶ CARVALHO, Inês Santos. *A Tutela Processual Penal do Menor «vítima» de violência doméstica: Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ISBN 978-972-9122-98-9, CEJ, 1.ª ed. 2021, p. 70, disponível em: <https://cej.justica.gov.pt>. Acesso a 13/05/2023.

⁶⁷ GOUVEIA, Joana Filipa Nunes. *Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, CEJ, 978-972-9122-98-9, 1.º ed. 2019, p. 22, <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=PU8Vix-07g38%3D&portalid=30>. Acesso a 13/05/2023.

⁶⁸ *Manual de Actuação Funcional a adotar pelos OPC nas 72 horas subsequentes à apresentação de denúncia por maus-tratos cometidos em contexto de*

de 15/11/2019, Portugal, chama à atenção da obrigatoriedade da tomada de declarações para memória futura, sempre que haja notícia da existência de crianças presentes num contexto de violência doméstica e independentemente se serem aquelas ou não destinatárias de actos de violência⁶⁹. Sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 253.º do Código de Processo Penal, nos termos do n.º 2, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do assistente, pode proceder à inquirição urgente de testemunhas no decurso do inquérito e da instrução, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, quando sirva para assegurar a sua espontaneidade ou quando a vulnerabilidade da testemunha o justifique⁷⁰. Não podemos deixar de manifestar a nossa concordância com o legislador português que realiza a tomada as declarações em ambiente informal e reservado, sem constrangimentos, para que o relato seja recolhido nas melhores condições e a vítima seja protegida⁷¹. Acresce que, é permitida a leitura de declarações para memória futura, se as declarações tiverem sido tomadas no termos dos artigos, os termos dos artigos 337.º, 253.º e 276.º do CPP. Parece-nos correcto considerar, que o depoimento da criança para memória futura tenha lugar no mais curto espaço de tempo, após a ocorrência dos factos ou do seu conhecimento e, ainda, que não haja suspeito ou arguido constituído⁷². Não haverá dúvidas que este procedimento protege a prova que se encontrasse em perigo de ser perdida e também o direito da vítima e preserva a prova necessária ao

violência doméstica, RCM n.º 139, de 19 de agosto, 2019, p. 25, disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2020/06/172-20_MANUAL_ATUACAO_FUNCIONAL_Final.pdf. Acesso a 13/05/2023.

⁶⁹ Directiva da PGR 5/2019, de 15/11/2019, p. 5, disponível em: https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/diretiva_num_5_2019.pdf. Acesso a 12/05/2023.

⁷⁰ Artigo 27.º da Lei n.º 272016/M, Lei de Prevenção e Combate a Violência Doméstica.

⁷¹ CARMO, Rui do, in *Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, 134, Abril – Junho, Revista do Ministério Público, 2013, p. 166.

⁷² CARVALHO, Inês Santos, *A Tutela Processual Penal do Menor «vítima» de violência doméstica: Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, ob. Cit, p. 72.

esclarecimento da verdade⁷³. No caso concreto, é necessário ter presente a especial vulnerabilidade da vítima que foi perturbada d sua integridade emocional. Assim sendo, as devidas formalidades legais devem ser capaz de alcançar às vítimas vulneráveis da subtracção.

4.3. MECANISMOS DE PROTECÇÃO POLICIAIS E LEGAIS PARA AS VÍTIMAS

O direito à segurança figura no elenco dos direitos fundamentais previsto no artigo 28.º da Lei Básica. A subtracção é um crime que constitui uma ameaça e um risco para a ordem e segurança pública⁷⁴. É dever dos órgãos da polícia garantir a protecção desses direitos⁷⁵, nas vertentes processual-penal, e a um conjunto de atitudes que permitam melhorar o estado de sofrimento das vítimas, em particular nas mais⁷⁶, nos termos dos artigos 44.º n.ºs 1 e 2, 231.º e 252.º do CPP. Denota-se ainda no âmbito dos artigos 232.º do CPP e 233.º do CPP, uma série de responsabilidade de prevenção, recaindo a salvaguarda de todos os meios de prova⁷⁷, com a finalidades de prevenção primária, segurança⁷⁸, diligências, (artigos 232.º, 156.º e 158.º CPP), a identificação do suspeito e pedido de informações, (artigo 233.º do CPP), as revistas e buscas (artigo 234.º do CPP), bem como e apreensão de correspondência, (artigo 235.º do CPP).

Na fronteira entre os meios de prevenção possíveis, o circunstancialismo urgente para crime de subtracção de menor, deparamo-nos com a

⁷³ CARMO, Rui do, in Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, ob. Cit, pp. 72 e ss.

⁷⁴ COMISSÁRIO, José Armando Carriço Bagorro. *Investigação Criminal em Violências Doméstica: A Protecção das vítimas menores de idade*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2021, pp. 14-15. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/39728>. Acesso a 08/05/2023.

⁷⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra: Editora Almedina, 6.ª ed. 2019, p. 59.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, vol. I, Reimp. da 1ª ed. de 1974, 2004. p. 194.

⁷⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, ob. Cit, p. 374.

⁷⁸ MESQUITA, Paulo Dá. *Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal*, in *I Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 27.

medida de “localização celular”, previsto no artigo 252.ºA do CPP português⁷⁹. Trata-se de uma medida de pura prevenção criminal⁸⁰, equivalente a um “estado de necessidade” (artigos 33.º e 34.º e o CPP de Macau), que contende directamente com o direito de liberdade de movimento⁸¹, no qual permite a ingerência das autoridades públicas na correspondência, para salvar valores maiores, nos casos previstos na lei em matéria criminal⁸². O n.º 2 do artigo 252.º do CPP português, diz que deve ser referente a um processo em curso, a sua obtenção deve ser comunicada ao juiz no prazo máximo de quarenta e oito horas, por a diligência colidir com direitos e liberdades fundamentais⁸³. Quando não exista comunicação padece de nulidade materialmente nos termos do n.º 4, por violação do disposto do n.º 4 do artigo 34º da CRP (correspondente ao artigo 28.º da Lei Básica), que determina a intervenção do juiz quando as diligências processuais possam colocar em causa direitos fundamentais⁸⁴, que viole o disposto nos números anteriores. Esta medida se conjuga com a Lei n.º 8/2005/M, Lei da Protecção de Dados Pessoais, contudo, manifestamos a concordância da divulgação ou partilha de dados pessoais ao circunstancialismo urgente do crime de subtração de menor.

5. O ÓNUS DA PROVA E A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

É através do processo penal que se atinge da forma mais intensa os direitos fundamentais⁸⁵. O princípio da aquisição da prova articulado

⁷⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, ob. Cit, pp. 402-403.

⁸⁰ LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra,; Editora Almedina, 2015, pp. 468-469.

⁸¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, ob. Cit, pp. 406-407.

⁸² PIMENTA, Andreia Castanheira, *Das Medidas Cautelares e de Polícia*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, 2015, pp. 55-58, disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/744/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Entrega.pdf>. Acesso a 08/05/2023.

⁸³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, ob. Cit, pp. 406-407.

⁸⁴ LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra: Editora, Almedina, 2015, p. 469.

⁸⁵ ROBALO, Teresa Lancry A. S. Robalo, Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência: Um combate de titãs? Análise do

com o princípio da investigação, dá-nos o critério para avaliar em que termos a prova é produzida⁸⁶. O que significa que num inquérito criminal a cargo do Ministério Público, procura-se determinar a conduta do agente e o apuramento da responsabilidade destes e a descoberta e recolha das provas, em ordem à decisão final (acusação ou arquivamento), nos termos dos artigos 250.º a 253.º e artigos 249.º e 245.º do CPP⁸⁷, temperado pelo princípio das garantias da defesa, consignado no artigo 29.º da Lei Básica e artigo 111.º do CPP. Aliás, o n.º 7 do artigo 32.º da CRP (correspondente ao artigo 36.º da Lei Básica), confere amplos direitos de intervenção do ofendido no processo penal⁸⁸, bem como a possibilidade de escolher se o processo deve ou não prosseguir para julgamento, quando o procedimento depender de acusação particular, nos termos do n.º 3 do artigo 267.º do CPP⁸⁹.

Como é consabido, o princípio *in dubio pro reo*, é decorrência da presunção constitucional de inocência do arguido em processo penal⁹⁰, um forte indicador da protecção⁹¹ e promoção da dignidade

problema à luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau”, Lisboa: Revista do Ministério Público n.º 159, pp. 169-195, Julho – Setembro, 2019, p. 171, disponível em: https://rmp.smmpt.pt/wp-content/uploads/2019/11/8.RMP_159_Teresa_Robalo_3PAG.pdf Acesso a 07/05/2023.

⁸⁶ GAMA, António; LATAS António; CORREIA, João Conde; LOPES, José Mouraz; TRIUNFANTE, Luís Lemos; DIAS, Maria do Carmo Silva; MESQUITA, Paulo Dá; ALBERGARIA, Pedro Soares de; MILHEIRO, Tiago Caiado. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Artigos 124.º a 190.º, Coimbra: Editora Almedina, Tomo II 2019, p. 25.

⁸⁷ CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prático de Processo Penal*, Coimbra: Editora Almedina 9ª ed. 2015, p. 224.

⁸⁸ GUIMARÃES, Ana Paula. *A pessoa como objecto de prova em Processo Penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da Dignidade Humana*, Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2016, p. 78.

⁸⁹ ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S, O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização, ob. Cit, p. 315.

⁹⁰ CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, 9.ª ed. Coimbra, Editora Almedina, 2015, pp. 24-25.

⁹¹ OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau / organizador: Felipe Martins Pinto. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, ISBN: 978-65-81289-00-3, 2019, p. 1, disponível em. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/

humana⁹² na defesa da posição concreta do arguido⁹³, com previsão no artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e n.º 2 do artigo 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 29.º da Lei Básica. O arguido presume-se inocente até ao transito em julgado da sentença de condenação pelo tribunal⁹⁴.

O principal problema consiste em saber qual é a adequação da qualificação jurídica da conduta factual do progenitor visitante, quando visando remover o perigo concreto para o menor, subtrai a criança do progenitor guardião abusador. Por um lado, temos o arguido que goza de presunção de não ter subtraído a criança. por outro lado, a vítima goza de presunção de ter sido subtraída⁹⁵. A presunção de que se trata de um direito não criminoso⁹⁶ revela-se fulcral para que o arguido possa colocar em prática os seus direitos de defesa⁹⁷. Igualmente, a vítima presume-me vítima efectiva até que se prove o oposto⁹⁸. Duas ideias são convocadas:

BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncao_de_Inocencia.pdf. Acesso a 06/05/2023

- ⁹² OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. *Presunção de inocência*, ob. Cit, p. 1.
- ⁹³ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora vol. I, 2017, pp. 51-52.
- ⁹⁴ LOPES, Manuel Barros. A presunção de inocência, Portugal: Revista Jurídica Portucalense, N.º 31, 2022, DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(31\)2022.ic-07](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(31)2022.ic-07), disponível em: <https://revistas.rcaap.pt>. Acesso a 08/05/2023. Ver também, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, Almedina: Editora Coimbra, vol. II, 2010, p. 316. DIAS, Figueiredo de: *O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória*, in RDES, 18, 1971, p. 185 ss.
- ⁹⁵ ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S, *O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização*, ob. Cit, p. 326.
- ⁹⁶ VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 58. Ver também, GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto de prova em Processo Penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da Dignidade Humana*, Porto, Nova Causa Edições Jurídicas, 2016, p. 78.
- ⁹⁷ BRIENEN, Marion Eleonora Ingeborg, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems the Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedur*, ob. Cit, pp. 30-31.
- ⁹⁸ ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S, *O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização*, ob. Cit, p. 325.

uma relacionada com o modo de tratamento do arguido, no decurso do processo, e outra com o juízo face à prova⁹⁹, sendo que todas as provas devem ser encaradas, no processo. Por vezes não é possível apurar a conduta criminosa do agente. A partir do momento que se profere sentença a favor do arguido, cessam todas as sanções contra o arguido, nos termos do artigo 198.º, n.º 1, al. c) do CPP, decaem as garantias da adequação e da proporcionalidade, do artigo 178.º do CPP, nenhuma medida de garantia patrimonial subsiste, conforme previsto no artigo 177.º, n.º 2 do CPP. Assim, após realizada toda a produção de prova, caso permaneça, no julgador, uma dúvida razoável quanto aos factos e/ou culpabilidade, deverá este decidir em sentido favorável ao arguido¹⁰⁰, relativamente à eventualidade de se condenar um inocente¹⁰¹. Na luta entre a inocência e a vitimização, o legislador de Macau devia adoptar uma proposta de estatuto de vítima, tal como o fez o legislador português, por forma a que reduza a vitimização, aumente o respeito pela vítima, sem se esquecer das garantias em termo de apoio psíquico, médico e a possibilidade de prestar declarações para a memória futura¹⁰², a funcionar em desfavor do arguido.

5.1. A PROVA A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é a entidade competente dar início às investigações com a abertura de Inquérito, aquando da notícia de um crime (artigos 42.º, n.º 3 e 224.º do CPP), em cumprimento ao princípio da legalidade, como prevê os artigos 245.º a 252.º do CPP do CPP, bem como praticar os actos e assegura os meios de prova necessários à realização das finalidades no inquérito (artigos 164.º e 172.º do CPP, artigos 162.º

⁹⁹ VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, ob. Cit, pp. 59-60.

¹⁰⁰ CUNHA, Diana Andreia Mendes da Silva. Os acordos sobre a sentença penal: questões, desafios e prospetivas, 2016, p. 157, Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47961/1/Diana%20Andreia%20Mendes%20da%20Silva%20Cunha.pdf>. Acesso a 12/05/2023

¹⁰¹ PINHEIRO Rui e MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o Processo Penal, Clássicos Jurídicos*, Coimbra: Editora Coimbra, 2007, pp. 86.

¹⁰² ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S. O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização, ob. Cit, p. 328.

e 234.º do CPP e artigos 112.º e 251.º do CPP). Denota-se um manancial de diligências¹⁰³ de investigação obrigatórias precedidas pelo juiz de instrução, os órgãos de polícia criminal ou o Ministério Público¹⁰⁴. Contudo, é nesta matéria especial, e sobretudo na vida real e no decurso de casos concretos, que ocorrem as problemáticas mais relevantes¹⁰⁵, do crime de subtração de menor. A obtenção da prova é desafiadora para a justiça, tendo em conta as dificuldades de não se actuar em tempo real¹⁰⁶. As várias soluções que perfilam para as decisões dos tribunais portugueses, no Processo n.º 866/15.0PELSB.L1-5, 07-02-2017; Processo n.º 278/17.0PBGMR.G1, de 14 Setembro 2020; Processo n.º 3735/2006-5, de 27-06-2006¹⁰⁷, emergem de circunstâncias relevantes para determinar a exclusão da ilicitude, da culpa ou da pena, condenação ou absolvição do arguido, isso porque: a) nunca tiver sido verificada a existência de qualquer incumprimento por falta de participação do progenitor lesado (*non facere*); b). Insuficiência da matéria de facto provada (omissão no apuramento/investigação) no âmbito da livre apreciação, c) O exercício do poder parental não se encontrava regulado aquando da subtração da criança; d) O tribunal investiga/procura averiguar por recurso aos meios de prova disponíveis até onde for possível¹⁰⁸, dentro das soluções

¹⁰³ SILVA, Flávio Manuel Carneiro da; CASTRO, Henrique Gustavo R. F de Antas e; SAÚDE, Marta Saúde; TRANCOSO, Raul Estêvão Ramos; REAL, Rui Miguel dos Santos; SILVA, Catarina Pais Silva; OLIVEIRA, Telmo SANTOS; Vera L. Q. de Oliveira e. Meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de polícia, ob. Ct, P. 65.

¹⁰⁴ COSTA, José de Faria et al (org.), *Buscas Domiciliárias, realizadas por órgãos de de polícia criminal em situações de flagrante delito*-Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Instituto Jurídico, AA. VV, vol. II, 2017a, pp. 363 e ss.

¹⁰⁵ ABREU, Carlos Pinto de, Prova e meios de obtenção de prova breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal, disponível em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/CPA_prova_meios_obtencao_prova.pdf. Acesso a 08/05/2023.

¹⁰⁶ ABREU, Carlos Pinto de, Prova e meios de obtenção de prova breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal, ob. Cit.

¹⁰⁷ Processos portugueses sobre o Crime de subtração de menor. <https://jurisprudencia.pt>. Acesso a 25/11/2022.

¹⁰⁸ SILVA, Flávio Manuel Carneiro da; CASTRO, Henrique Gustavo R. F de Antas e; SAÚDE, Marta Saúde, SILVA, Flávio Manuel Carneiro da, CASTRO, Henrique Gustavo R. F de Antas e, SAÚDE, Marta Saúde, TRANCOSO, Raul Estêvão

plausíveis da causa, em harmonia com o objecto do processo e dos actos que são essenciais para a decisão¹⁰⁹, e) Não se considera verificado qualquer facto não acompanhado de regime de prova¹¹⁰. Quando o Ministério Público não obteve indícios suficientes da verificação do crime, dá se lugar ao arquivamento do inquérito, nos termos do n.º 2 do artigo 259.º do CPP, porque o inquérito ficou alheio a factos essenciais para a referida decisão¹¹¹, defendendo-se que a conduta descrita não preenche a previsão do artigo 241.º do CP.

5.2. O ÓNUS DE ARGUMENTAÇÃO DE CIRCUNSTANCIAS DIRIMENTES FAVORÁVEIS, QUE IMPENDE SOBRE O ARGUIDO

É arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerrida a instrução num processo penal, (artigos 46.º e 245.º do CPP)¹¹², sem prejuízo da aquisição desse estatuto durante a fase do inquérito em processo penal. O seu posicionamento no processo penal garante-lhe um conjunto de direitos que permitem assegurar o respeito pela sua dignidade humana¹¹³, (artigos 47.º, 49.º e 50.º do CPP), bem como a obrigatoriedade de ser interrogado (artigo 254.º do CPP).

Ramos, REAL, Rui Miguel dos Santos, SILVA, Catarina Pais Silva, OLIVEIRA, Telmo SANTOS, Vera L. Q. de Oliveira e. Meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de polícia, CEJ, ISBN 978-972-9122-98-9, 1.ª ed. 2019, P. 65, disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Y-MYpP-voBeE%3D&portalid=30>. Acesso a 09/05/2023.

¹⁰⁹ CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, Coimbra: Editora Almedina, 9ª ed, 2015, p. 25.

¹¹⁰ SANTOS, Gil Moreira dos, *Noções de Processo Penal*, Porto-Portugal, O Oiro do Dia, 1994, p. 220.

¹¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 687/10.6TAABF.S1, de 23-05-2012, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/705f484972ca00f680257a7c004fb6c5?OpenDocument>. Acesso a 08/05/2023.

¹¹² ANTUNES, Maria João. As garantias dos arguidos no processo penal português, Janus 2004, pp. 1-6, disponível em: https://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_4_3.html. Acesso a 11/05/2023.

¹¹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo, Coimbra: in Revista Portuguesa de Ciência Criminal Coimbra, n.º 4, Ano 12, out./dez, 2002, pp. 549-550.

Relembrando, previsto no n.º 2, do artigo 40.º do CP, toda a pena supõe a culpa e não pode ultrapassar, na sua medida, a medida da culpa¹¹⁴. Qualquer reacção criminal tem de ter na sua base um juízo de censura ao agente, *nulla poena sine culpa*¹¹⁵, fundamentado com no princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana¹¹⁶, cujo critério junta-se a protecção de bens jurídicos e as exigências de prevenção¹¹⁷, que se espelha dentro dos limites do 65.º do CP, acompanhados das circunstâncias do artigo 66.º do CP: com vista a procura de uma solução mais justa¹¹⁸ para absolvição ou para aplicação de uma medida branda¹¹⁹, em que está inserido à subtracção de menor. Em sentido oposto, violar-se-ia o princípio da culpa¹²⁰. Em função dessa realidade, é esta a opção refletida no CPP, pondo a tónica na celeridade e simplificação processuais, um espaço mais reduzido, numa relação vítima-agressor¹²¹. Há que reconhecer as dificuldades probatórias que gravitam em torno da subtracção de menor, e

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 51.

¹¹⁵ COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? Coimbra: in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXI, 1988, p. 36, apud FERNANDES, Fernando, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Editora Almedina, 2001, p.562.

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo *O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*, in Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, p.36.

¹¹⁷ CUNHA, Diana Andreia Mendes da Silva. *Os acordos sobre a sentença penal: questões, desafios e prospetivas*, Universidade do Minho, 2016, p. 159, <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47961/1/Diana%20Andreia%20Mendes%20da%20Silva%20Cunha.pdf>. Acesso a 11/05/2023.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, pp, 242-245.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, ob. Cit, p. 50.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, ob. Cit, p. 53.

¹²¹ CUNHA, Diana Andreia Mendes da Silva, *Os acordos sobre a sentença penal: questões, desafios e prospetivas*, ob. Cit, p. 159.

concordar com o recurso a exigência mais de reparação dos danos causados às vítimas e menos aumento da severidade das penas, que visa remover a rigidez da prova directa, pois deste modo os tribunais erram menos¹²².

5.3. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Sinteticamente, a subtracção de menor é provavelmente a área de aplicação mais problemática da família, cujo sistema da jurisdição penal não atinge em plenitude sua finalidade de garantir o bem-estar social, a tranquilidade para a sociedade, sendo assim, necessário à adopção de outros procedimentos de protacção¹²³. A reconciliação familiar, esta prevista nos artigos 19.º e ss da Lei n.º 2/2007/M, desde que não se ultrapassem as regras processuais do artigo 263.º do CPP¹²⁴. Este procedimento busca o equilíbrio entre o agente, a vítima, na construção de soluções¹²⁵ para a reintegração de ambos na sociedade, para o desencorajamento do agente no cometimento de crimes futuros¹²⁶, apoiando-o no cumprimento das suas responsabilidades¹²⁷, assim como estimula que outros não cometam crimes¹²⁸. A proposta restaurativa é promovida durante a suspensão pro-

¹²² ERISTAIN, Antonio. Los Grupos Vulnerables: Su Dignidad Preeminente, Vic-timal. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito, ob. Cit, pp. 1225 e ss.

¹²³ BORDALO, T.S.; BORDALO, M.F.S.; GONÇALVES, A.M.. A importância da justiça restaurativa no contexto da criminologia, Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas, vol. 3, Nº1, p.104-125, Jan./Jul, 2022, p. 112, disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso a 14/05/202.

¹²⁴ ROBALO, Teresa Lancry A. S. *Estudos Comemorativos XX Anos Código Penal, Código de Processo Penal de Macau: Violência doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau*, Macau: Fundação Rui Cunha, pp. 319-399, 2016, p. 333.

¹²⁵ PINTO, Renato Sócrates Gomes, *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? Justiça Restaurativa*. Coletânea de Artigos. Programa Das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19.

¹²⁶ CRUZ, Cláudia Maria. *A Justiça Restaurativa. Um Modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Editora Coimbra 2014, p. 356.

¹²⁷ PASSOS, Célia. Novos repertórios em Justiça Restaurativa, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7roMblyYcZ4>. Acesso a 14/05/2023.

¹²⁸ ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.), *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Editora

visória do processo. O juiz de instrução pode convocar, a requerimento do Ministério Público o arguido, o ofendido ou do assistente. Para que o Ministério Público possa propor a medida é necessário que respeite o limite máximo da moldura penal de 3 anos, como prevê o artigo 263.º do CPP, que consideramos estar ajustado ao crime de subtracção de menor. Sucede que tal medida esta depende da vontade do arguido em participar, devendo por isso submeter-se a um programa de acompanhamento do agente¹²⁹. Podíamos recorrer a justiça restaurativa como uma saída à subtracção de menor. Infelizmente Macau não dispõe de um regime jurídico do instituto da conciliação familiar, por isso, é nos difícil discutir com precisão este instituto, e fazer o devido enquadramento jurídico às situações da subtracção de menor¹³⁰. Talvez, seria um ponto de partida para a introdução da mediação penal no ordenamento jurídico de Macau¹³¹.

6. TUTELA PENAL DA SUBTRACÇÃO DE MENOR: O CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR

A questão que se põe no artigo 241.º do CP é apenas a de saber se o arguido agiu com dolo exigível para a subsunção na ofensa aos poderes parentais do outro progenitor, mercê do incumprimento do acordo/ decisão judicial que decretou o poder parental.

O direito de convívio da criança com os dois pais é constitucionalmente consagrado, uma concretização da norma do artigo 7.º, n.º 4 da Lei de Bases da Política Familiar, lido em conjugado com os artigos 1733.º e ss. do CC, e artigos 4.º e 5.º da Convenção da Haia, cujo respeito a norma

JusPodivm, 1.ed. 2016, p. 680.

¹²⁹ ROBALO, Teresa Lancry A. S. *Estudos Comemorativos XX Anos Código Penal, Código de Processo Penal de Macau: Violência doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau*, Macau, ob. Cit, p. 334.

¹³⁰ CHENG, Wong Kit. Implementação do Regime de Conciliação Familiar em Macau, Assembleia Legislativa de Macau, Agosto de 2020, pp. 2-3, disponível em: <https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2020-09/386535f647383d5628.pdf>. Acesso a 15/05/2023.

¹³¹ ROBALO, Teresa Lancry A. S. *Estudos Comemorativos XX Anos Código Penal, Código de Processo Penal de Macau: Violência doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau*, ob. Cit, p. 335.

penal visa garantir. A violação dos direitos da criança está abrangida pelo tipo legal da subtracção de menores. Não haverá dúvidas relativamente a aplicação do artigo 241.º do CP, quando um progenitor age de forma egocêntrica¹³². Negar este desfecho é desvalorizar o direito penal. Nesse sentido, se pronunciou o Acórdão da Relação de Lisboa¹³³, entendendo que, o progenitor com quem o menor reside pratica o crime de subtracção de menor quando haja regularização do poder parental, homologado por acordo/decisão judicial. Parece-nos correcto considerar que, bastaria a qualificação jurídica dos factos imputados única e exclusivamente a esse progenitor para sustentar que existem indícios relevantes de enquadramento para a responsabilização criminal do arguido na prática do crime de subtracção de menor, do artigo 241.º do CP, condenando-o pela prática, em autoria material e na forma consumada, artigo 25.º do CP, interpretados e integrados com recurso as regras do artigo 13.º do CP, agravada pelas regras do artigo 65.º do CP.

Na verdade, a letra do artigo 241.º do CP, insere-se num contexto em que saltam à vista do homem médio, patente o reconhecimento da especial atenuação, mercê da relação familiar entre o arguido e a criança. Não se trata de uma medida de afrouxamento do direito penal. Na verdade, o reconhecimento do direito penal tem sentido quando os meios civis não se revelem eficazes, razão concedida pelo legislador ao conferir um modelo de pena de suspensão, entendendo que, verificada a totalidade dos pressupostos formais do artigo 48.º do CP, o tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos. A aplicação desta medida pode estar subordinada ao cumprimento de deveres e regras de conduta impostos ao condenado, tal como subscrevem os artigos 49.º e 50.º CP, acompanhada do regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a facilitação e reintegração do condenado na sociedade, nos termos do artigo 51.º do CP. A suficiência do processo penal, nos termos do artigo 7.º do CPP, não atribuí ao juiz

¹³² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal, Estudos e monografias*, Porto: Universidade Católica, 2003, pp. 324-335.

¹³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 866/15.0PELSB.L1-5, de 07-02-2017, disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso a 25/11/2022.

penal a faculdade de se pronunciar sobre o mérito das decisões proferidas num processo da jurisdição de menores e família¹³⁴.

6. TUTELA DO PODER PATERNAL¹³⁵

Pela necessidade imperiosa de proteger as crianças, tendo em conta a realidade os graves prejuízos agravados nas situações de subtracção de menor, o legislador desenhou um regime especial, O Regime Educativo Social de Protecção e Jurisdição de Menor (RESPJM), (artigos 95.º e ss), cujas regras se articulam com as disposições do artigo 1206.º e ss. do CPP¹³⁶. Pelas particularidades do regime, a jurisdição voluntária é meramente administrativa, sendo negado nestes processos a intervenção da actividade jurisdicional¹³⁷. O juiz de equidade pode adoptar a solução que reputar mais conveniente para cada caso concreto¹³⁸, reconhecendo-se a presença de certa discricionariedade¹³⁹. Em vez de interditar os progenitores incumpridores do poder paternal, o tribunal requer o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em indemnização a favor do menor, artigo 121.º, n.º 1 do RESPJM.

¹³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 10210/05.9TDLSB. L1-5, de 15-06-2010, disponível em: <https://jurisprudencia.pt>. Acesso a 26/11/2022.

¹³⁵ PIRES, Cândida da Silva Antunes. *Estudos de Direito da Família e Menores: Subsídios para o Estudo do Instituto do Poder Paternal ou Responsabilidade Parental-natureza, conteúdo, titularidade e exercício*, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 300. O legislador de Macau privilegia o termo “poder parental”.

¹³⁶ Artigo 1206.º do CPP de Macau: aplicação subsidiária.

¹³⁷ BELEZA, Maria dos Prazeres. *Jurisprudência sobre Rapto Internacional de Crianças*, Coimbra: Julgar, N.º 24, 2014, p. 70, disponível em: <http://julgar.pt>. Acesso a 26/11/2022.

¹³⁸ REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais II*, 2.ª edição reimpressão, Coimbra, Editora Coimbra, 1982. p. 400. Ver também, NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, Lisboa: Ediforum, 2.ª ed. 2014, p. 1034. ANDRADE, Manuel Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Editora Coimbra, 1956, p. 72.

¹³⁹ Tribunal de Segunda Instância, Processo n.º 840/2020, de 11/03/2021, disponível em: <https://www.court.gov.mo>. Acesso a: 27/11/2022.

Atentos os interesses em causa, o legislador teve cuidado de enquadrar a tutela do poder paternal no direito penal, tornando mais abrangente o campo de aplicação dos ilícitos em causa, nos termos dos artigos 241.º e 242.º do CP, interpretada logo pela construção da tipicidade na recusa entrega da criança ou através da fuga com a criança para o estrangeiro.

A questão é a de saber se o direito penal é a solução adequada para o problema específico da subtracção de menor ou urge aferir outros mecanismos de tutela da situação.

O recurso ao Direito Penal só poderia aumentar o número de processos-crimes, de incumprimento do poder paternal, o que não seria saudável para as crianças. Na fronteira entre as obrigações positivas e negativas é necessário: encontrar um ponto de equilíbrio dos interesses em causa¹⁴⁰; evitar o risco de vitimação e o desequilíbrio de poder entre a vítima e o progenitor violador do direito; tomar medidas positivas, suficientes e adequadas às situações que podem encontrar enquadramento penal no artigo 241.º do CP; sancionar a falta de colaboração de um dos pais; fazer cumprir e executar o direito de guarda/visita. O processo de decisão deve revestir um carácter justo e equitativo, em obediência ao princípio da intervenção mínima. Não podemos deixar de manifestar a nossa concordância com a doutrina que explica que quando a subtracção envolva contornos transfronteiriços, urge aferir se existem outros mecanismos de tutela da situação deixando o problema, por conseguinte, de ser interno¹⁴¹.

7. PROCEDIMENTOS JUDICIÁRIOS NO ÂMBITO DA SUBTRACÇÃO DE MENOR: ANÁLISE COMPARADA

No prazo máximo de 72 horas após a apresentação da denúncia, o órgão de polícia criminal deve entregar ao Ministério Público toda a informação coligida, para que este decida os termos do prosseguimento

¹⁴⁰ Centro de Estudos Judiciários. *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Casos Nacionais*, CEJ, ISBN: 978-972-9122-28-6, 2013, p. 55, disponível em: cej@mail.cej.mj.pt. Acesso a 28/11/2022.

¹⁴¹ SANTOS, André Teixeira dos, Do crime de subtracção de menor “Nas-Novas” Realidades Familiares, *ob. Cit.*, p. 227.

dos autos¹⁴². Ao Ministério Público caberá decidir qual a melhor estratégia de realização da acção penal em cada caso concreto atenta a celeridade que os caracteriza por confronto com a própria natureza urgente do processo por crime de subtracção de menor¹⁴³.

A sentença judicial, não obstante, a sua característica de acto de autoridade, é também susceptível de ser interpretada em harmonia com as boas regras da hermenêutica. Todas as circunstâncias atenuantes/agravantes, determinadas dentro da moldura penal abstracta, a enumeração dos factos provados e não provados, conforme o preceituado no artigo 355.º, n.º 2 do CPP. São também relevantes para decisão os factos alegados pela acusação, defesa ou que resultem da discussão em causa, artigo 349.º, n.º 2 do CPP. Esta é a demonstração que o tribunal analisou toda a matéria provada, essenciais à caracterização do crime e suas circunstâncias juridicamente relevantes, para a graduação da responsabilidade do arguido.

A pena do crime, como referimos permite, desde logo, ao modelo de pena de suspensão, verificada a totalidade dos pressupostos formais do artigo 48.º do CP, afasta-se a possibilidade de aplicar a medida de suspensão do exercício das responsabilidades parentais (artigo 95.º do REPSJM), medidas de coacção (artigo 181.º do CPP), proibição de contactos (artigo 184.º do CPP) e prisão preventiva (artigo 186.º do CPP).

No caso de Macau e Portugal, ao contrário do que sucede, em Brasil, para além das fortes ligações culturais, no quadro de acrescida necessidade de protecção à criança, o tipo do artigo 249.º do CP (subtracção de incapaz)¹⁴⁴ e do artigo 237.º do Estatuto da Criança e do Adolescente

¹⁴² Manual de Actuação Funcional a adotar pelos OPC nas 72 horas subsequentes à apresentação de denúncia por maus-tratos cometidos em contexto de violência doméstica, RCM n.º 139/2019, p. 40, disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2020/06/172-20_MANUAL_ATUACAO_FUNCIONAL_Final.pdf. Acesso a 16/05/2023.

¹⁴³ Manual de Actuação Funcional a adotar pelos OPC nas 72 horas subsequentes à apresentação de denúncia por maus-tratos cometidos em contexto de violência doméstica, ob. Cit.

¹⁴⁴ Artigo 249.º do CP, Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda; 2º - No caso de restituição do menor ou do

(ECA)¹⁴⁵, traduzido na possibilidade de poder ser imposta uma pena mais severa ao agressor, inclusive, motivo de alteração do exercício da regulação do poder parental, por quem tem a guarda.

Há diferença de tratamento entre o progenitor guardião e o progenitor visitante. Esta factualidade não deixa de ser merecedora de perplexidade: a) Se o progenitor, tutor ou curador com pátrio poder, subtrair o menor ao outro pai fica isento de culpa, tal com o exposto no primeiro parágrafo do artigo 249.º do CP brasileiro. Esta medida parece-nos um pouco desajustada, face ao propósito que a norma serve; b) A norma do artigo 249.º do CP não funciona na íntegra, a norma abre também uma possibilidade no paragrafo segundo, de não aplicação de pena se o menor subtraído não tiver sofrido maus-tratos ou privações. Pode ser concedido o perdão judicial, nos termos do artigo 107.º, IX do CP. O alcance pretendido deste parágrafo é pouco claro, não se coaduna com a realidade que o direito penal visa proteger. Estamos a referir-nos de comportamentos activos com prejuízos gravíssimos para estabilidade, afectiva e vivencial da criança e dos progenitores.

Nas decisões relativas a medidas penais por crime de subtracção de incapaz, envereda-se pela tranca do processo por atipicidade da conduta¹⁴⁶, absolvição por insuficiência de prova, isenção de pena do paragrafo segundo do artigo 249.º do CP¹⁴⁷, a prova dos autos embora parca é insuficiente para se confirmar o delito¹⁴⁸, decretamento de medida

interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.”

¹⁴⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação, Processo n.º 20170110410788APR (0008911-36.2017.8.07.0001), disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso a 21/11/2022.

¹⁴⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF- HBC: HC XXXXX-7802009.807.000 DF XXXXX-7802009.807.000, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 21/11/2022.

¹⁴⁷ Tribunal de Justiça de Rodônia, Apelação, Processo n.º XXXXX-79.2013.8.22.0701, de 08/11/2013. <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso a 21/11/2022.

¹⁴⁸ Tribunal de Justiça de Mato Grosso TJ, Apelação, Processo n.º APL XXXXX-14.2011.8.11.0051MT, de 08.03.2016, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso a 30/11/2022.

socioeducativa de internamento, nos termos do artigo 122.º do ECA, com reavaliação periódica a cada seis meses¹⁴⁹.

A par do Brasil, parece-nos que em Macau e Portugal o legislador foi assertivo a mensagem do que constitui crime a subtracção, vertida nos artigos 241.º do CP de Macau e artigo 249.º do CP Portugal, ao reconhecer que o fundamento para a incriminação se encontra no comportamento de ambos os progenitores. Essa valência permite compreender e clarificar quando as crianças sejam o fulcro da disputa entre os pais, certamente quando envolve a mudança da residência da criança para outro local.

Num panorama geral, incorporando os três ordenamentos jurídicos, leva-nos a desacreditar, de certo modo, sobre a eficácia prática do crime de subtracção de menor no contexto parental - a moldura penal abstracta aplicada aos arguidos é muito baixa e desproporcional, face à conduta ilícita, prevendo-se a multa alternativa à pena de prisão e existindo um amplo leque de penas de substituição aplicáveis¹⁵⁰. Na linguagem do artigo 241.º, n.º 3 do CP de Macau, a pena de prisão é de 3 anos. Em Portugal, o legislador estabeleceu pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dia, nos termos do artigo 249.º, n.º 2 do CP. No Brasil, a pena de prisão é de dois meses a dois anos, artigo 249.º do CP. Aqui reside a tónica da questão, se as penas existentes na Parte Geral do CP são suficientes para prosseguir a finalidade da pena do artigo 40.º do CP, uma vez que se trata de matéria que deve ser avaliada num processo de família e não penal¹⁵¹. Nos parece que não. O legislador quis prevenir a existência de uma ruptura familiar entre os progenitores e o filho, no direito de aqueles conviverem com este¹⁵². Nesse sentido, concordamos com a doutrina que explica haver uma tendência do legislador para recorrer a sanções penais para fazer valer o cumprimento de normas jurídicas

¹⁴⁹ Tribunal de Justiça de Goiânia TJ, Apelação Criminal, Processo n.º 0203772.43.2016.8.09.0052, de 19/06/2019, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso a 30/11/2022.

¹⁵⁰ LEITE, André Lamas. O Crime de Subtracção de Menor - Uma Leitura do Reformado Art. 249º do Código Penal, ob. Cit, p. 12..

¹⁵¹ SANTOS, André Teixeira dos. Do crime de subtracção de menor Nas-Novas” Realidades Familiares, ob. Cit, p. 246.

¹⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1431/17.2T8MTS. P1.S1, de 17-12-2019. <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 12/12/2022.

que e a intervenção e punição do direito penal, mais do que solucionar a situação, em regra agrava-a¹⁵³, porquanto exacerbada os conflitos parentais.

8. ARTICULAÇÃO ENTRE O FÓRUM CIVIL E O FÓRUM PENAL PARA O COMBATE DO CRIME DE SUBTRACÇÃO DE MENOR

Que responsabilidades podem ser assacadas à justiça de família e menores, de protecção as crianças expostas à subtracção?

1. intervenção da justiça na prevenção da subtracção e sua reincidência. 2. Desenvolver estratégias em prol de respostas alternativas às medidas já existentes para melhor se alcançar respostas congruentes e eficazes, no interesse da criança; 3. Conhecer com detalhe os cenários e os contextos da tensão, no âmbito das questões parentais. 4. Maior articulação ao nível das duas jurisdições de família e menores e criminal relativas à garantia de coerência na aplicação do direito. 5. Incrementar trabalho em rede com parceiros internos e externos, para o alcance de melhores resultados relativamente à solução a oferecer às crianças subtraídas, obrigando ao reporte de resultados para apreciação do tribunal de família e menores. 6. Intervenção mais profunda das entidades policiais, na busca de elementos associados à motivação criminosa para a prova, nos casos em que a vítima não apresente denúncia. O desenvolvimento de estratégia de respostas alternativas culmina com as exigências da celeridade processual, no âmbito do artigo 4.º da do RESPJM, ao conferir ao juiz de jurisdição civil o poder de solicitar apoio a outras autoridades, serviços públicos e privados, no interesse da criança.

Assinala-se nesse âmbito, a criação de uma equipa especial de carácter interinstitucional que integra as duas jurisdições (civil e criminal), órgãos de polícia criminal, representantes do Ministério Público em ambas jurisdições, representantes da direcção dos serviços de Justiça, um representante do Instituto de Acção Social, sociedade civil e outros serviços, responsáveis para a monitorização das decisões proferidas em

¹⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 1520/17.3T9PNF.P1, de 26-06-2019. <http://www.dgsi.pt>. Vide também, LEITE, André Lamas, *O crime de subtracção de menor - Uma Leitura do Reformado Art. 249º do Código Penal*, ob. Cit, p 99.

processos penais conexas as medidas tutelares civis, elaboração de um manual de boas práticas de convivência entre os pais, elaboração de orientações procedimentais, relativo as crianças que sejam vítimas da subtração¹⁵⁴. Não se dispensa o acompanhamento psicológico da criança, pois, tudo isso significou um evento traumático na vida desta criança, que a afectou na sua vida, no seu bem-estar e no seu desenvolvimento. Não podemos deixar de sublinhar que a inexistência de recursos materiais/humanos suficientes inerentes à investigação ao nível do judiciário e os órgãos de polícia criminal pode denotar um sentimento de frustração que permita diminuir o risco da subtração.

9.1. ARTICULAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE FAMÍLIA E MENORES COM OUTROS SERVIÇOS

O critério seguido pela Convenção da Haia, exige por parte das autoridades centrais dos Estados signatários um protocolo de cooperação que ofereça protecção adequada aos direitos ameaçados. É preciso conceber respostas adequadas às suas necessidades (medidas práticas), a par das medidas burocráticas já existentes (obtenção de informações), bem como o uso de outros meios preventivos do crime¹⁵⁵. Os desafios futuros incluem:

1. Necessidade de reforço (numa lógica de cooperação e integração) dos poderes de investigação nas estruturas dos tribunais de família para que seja assegurada a protecção das crianças, considerada insuficiente, em muitos casos de subtração de menor, decretados pelos tribunais de família.

2. Criar ao abrigo da Convenção da Haia um sistema legal de alerta precoce, mais estruturado e integrado, autónomo e autossuficiente, garantindo acesso a apoio adequado, relativamente à solução a oferecer quanto à ordem de protecção das crianças, no âmbito da cooperação. A

¹⁵⁴ GREVIO's (Baseline) Evaluation Report, Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, Istanbul Convention, 2019, pp. 31 e ss, disponível: <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>. Acesso a 16/05/2023.

¹⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria geral do direito policial*, ob. Cit, p. 589.

própria convenção da Haia de 1983, no seu espírito, consagra a possibilidade de os estados contratantes a criarem mecanismos de cooperação mais célere, bem como prevenir tais condutas.

3. Criação de uma secção especial nos tribunais de família, encarregue de compreender, clarificar e fornecer apoio sustentável aos direitos processuais das crianças, tratar de todos os litígios relativos ao crime de subtracção de menor, que se justapõe aos sistemas existentes.

4. Implementar medidas mais efectivas e abrangentes para o progenitor que retira a criança da esfera espacial do outro progenitor, indicando-se à título de exemplo: implementação da sanção pecuniária compulsória a favor do menor. Esta medida pode ter uma duração de 5 anos. A maior importância deste regime seria o de forçar os pais a cumprirem as suas obrigações parentais, e desencorajar a prática do delito.

5. Criação de uma base de dados “nas fronteiras”, de serviços de suporte abrangentes na cooperação e coordenação com a secção especial de família, dos serviços da polícia criminal, a migração, os consulados, as embaixadas, empresas de transporte, orientado para o trabalho em rede com as autoridades do direito da família e dos Serviços Sociais, permitindo-se para o alcance de melhores resultados relativamente à solução a oferecer às crianças subtraídas. Com a base de dados, a criança entra no sistema do direito de família, isso pode impedir o afastamento forçado da criança a um dos progenitores. Nesta base podem ser inscritas as penas, medidas aplicadas, a ordem de protecção às crianças, violação das penas e medidas impostas.

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

Procedeu-se a análise dos dados disponíveis relacionados com a questão de subtracção de menor em Macau e Portugal, com o desiderato de perceber a eficácia prática do delito no contexto parental. Os números percorridos (em Portugal) demonstram uma realidade gritante sobre a qual importa intervir: existência de penas suspensas, com regime de prova, insinuando-se a insuficiência/desadequação do delito no contexto penal, como reacção adequada em termos de prevenção geral.

Sugerem-se as seguintes medidas, para além das supra mencionadas:

Criar uma comissão que incluam profissionais dos vários sectores: Magistrados do Ministério Público e judiciais, polícia, acção social, saúde, advogados, que promovam o debate sobre eventuais falhas do sistema, e contribua para a melhoria;

Treinamento/formação especializada de profissionais para rastrear, identificar e colectar dados sobre vítimas de subtracção de menores;

No âmbito criminal, sugere a previsão de uma fase de triagem (investigação sumária obrigatória, com audição de outras testemunhas), permitindo fazer a triagem de casos que podem constituir verdadeira subtracção de menor e que se revestem de diminuta gravidade;

Criação de um manual de actuação: que inclua Magistrados do Ministério Público e judiciais, saúde, acção social, polícias, advogados; a fase de triagem; as regras e os prazos de actuação (24/48/72 horas), os qual define as obrigações para cada autor, e obrigação de partilha de comunicação e informação;

Previsão de obrigatoriedade de cooperação célere, recíproca e contínua entre os tribunais de família e os tribunais criminais, em caso de denúncia de subtracção de menor, abrangendo todos os momentos processuais, até ao trânsito em julgado da decisão, com vista a protecção da vítima em qualquer momento processual;

Criação do Estatuto da vítima, independentemente do tipo de crime. A Lei n.º 6/98/M

de 17 de Agosto, Lei de Protecção às vítimas de crimes violentos, não serve para os efeitos desejados.

Previsão legal de obrigatoriedade de comunicar à vítima do evento das fases processuais (mas não do seu conteúdo), para evitar que não seja surpreendida pelo agente.

Criação de uma secção especial com competência para duas especialidades: dedicar-se a vítima vulnerável e decisão conjunta da matéria (criminal e civil);

No âmbito civil, sugere-se, ponderar a aplicação de medidas mais progressivas e restritivas para o progenitor que retira a criança da esfera espacial do outro progenitor: aumento do valor das indemnizações, implementação da sanção pecuniária compulsória a favor do menor.

6. REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. 1.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Editora Universidade Católica, 2015.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz das Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed, Lisboa: Editora Universidade Católica, 2010.

ANTUNES, Maria João, “As garantias dos arguidos no processo penal português”, Janus 2004: https://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_4_3.html.

BRIENEN, Marion Eleonora Ingeborg, Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems the Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedur, VRIJDAG 9 JUNI 2000 OM 14.15 UUR, disponível em: https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/2624/ewb-2989-volledigetekst-dl-1_tcm28-75458.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BELEZA, Maria dos Prazeres, “*Jurisprudência sobre Rapto Internacional de Crianças*” Coimbra, Julgar- N.º 24 – 2014. disponível em: <http://julgar.pt>.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*, Lisboa: AAFDL, vol. I, 2010.

BORJA, Letícia Lopes; MENESES, Isabel Rodrigues de; MATEUS, Júlia Vitória da Silva Cavalcante; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *O direito de voz das crianças na subtração internacional de menores e a emergência de critérios de avaliação*. Belo Horizonte: e-Civitas-Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, vol. XV, número 1, julho de 2022–ISSN: 1984-2716, 2022.

BOTELHO, Catarina Santos, A dignidade da pessoa humana – Direito subjectivo ou princípio axial?, Universidade Portucalense, Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal, N.º 21, ISSN-e: 2183-5705 (21), 2017, doi: <http://dex.doi.org/10.21788/>, <https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/752>.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina: Editora Coimbra, 2010.

CARDINAL, Paulo. *Estudos de Direitos Fundamentais: No contexto da Jsmacau, Macau*, ISBN, 978-999965-761-2-6, Macau, Editora Fundação Rui Cunha, 2015.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral-Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

CARVALHO, Inês Santos. *A Tutela Processual Penal do Menor «vítima» de violência doméstica: Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, CEJ, ISBN 978-972-9122-98-9, 1.ª ed. 2021, internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

CAETANO, João Relvão. *A harmonização de Direitos no Direito Europeu*, Lisboa, Universidade Aberta, 2007.

CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prático de Processo Penal*, Portugal, Almedina, 9.ª ed. 2015.

CARMO, Rui do. *Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, in Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril-Junho, 2013.

COMISSÁRIO, José Armando Carriço Bagorro. *Investigação Criminal em Violências Doméstica: A Protecção das vítimas menores de idade*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2021, <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/39728>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal, Parte Geral-Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Editora Coimbra, Tomo I, 3.ª ed. reimpressão, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra: in Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984.

CHENG, Wong Kit, “Implementação do Regime de Conciliação Familiar em Macau”, Assembleia Legislativa de Macau, Agosto de 2020: <https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2020-09/386535f647383d5628.pdf>

COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?*, Coimbra, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXI, 1988.

COSTA, José de Faria et al (org.). *Buscas Domiciliárias, realizadas por órgãos de de polícia criminal em situações de flagrante delito*—Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Instituto Jurídico vol. II, AA.VV, 2017a.

CUNHA, Diana Andreia Mendes da Silva, Os acordos sobre a sentença penal: questões, desafios e prospetivas, 2016, Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47961/1/Diana%20Andreia%20Mendes%20da%20Silva%20Cunha>.

CRUZ, Cláudia, *A Justiça Restaurativa. Um Modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Editora Coimbra 2014

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*”, in Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra –Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, vol. I, Reimp. da 1ª ed. de 1974, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

ERISTAIN, Antonio. *Los Grupos Vulnerables: Su Dignidad Preeminente, Victimal*. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Ilda Cristina. *Estudos de direito a família e menores-A Protecção dos direitos dos menores no quadro das obrigações internacionais da RAEM: i) trabalho infantil, ii) venda de crianças, prostituição infantil, pornografia infantil e iiI) tráfico de menores*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018.

GAMA, António; LATAS, António; CORREIA, João Conde; LOPES, José Mouraz; TRIUNFANTE, Luís Lemos, DIAS, Maria do Carmo Silva, MESQUITA, Paulo Dá, ALBERGARIA, MILHEIRO, Tiago Caiado. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Artigos 124.º a 190.º, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2019.

GASPAR, António Henriques; CABRAL, José António Henriques dos Santos; COSTA, Eduardo Maia; MENDES, António Jorge de Oliveira; MADEIRA, António Pereira; GRAÇA, António Pires Henriques da. *Código de Processo Penal Português Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014.

GUIMARÃES, Ana Paula. *A pessoa como objecto de prova em Processo Penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da Dignidade Humana*, Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2016.

GONÇALVES, Maia M. *Código Penal Português, Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 1995.

GOUVEIA, Joana Filipa Nunes. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, CEJ, 978-972-9122-98-9, 1.º ed. 2019, <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=PU8Vix07g38%3D&portalid=30>.

GREVIO's (Baseline) *Evaluation Report, Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, Istanbul Convention*, 2019, <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>.

HENRIQUES, Manuel Leal. *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, artigos 176.º a 361.º*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, vol. II, 2014.

HENRIQUES, Manuel Leal. *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Parte Especial*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, vol. V, 2017.

HENRIQUES, Manuel Leal, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, vol. I, 2018.

J. M. DAMIÃO Cunha, in FIGUEIREDO DIAS (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, Tomo II, 1999.

LEAL, Ana Teresa. A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais- O Crime de Subtracção de Menor, Portugal: DataVenía, ISSN 2182-6242 Ano 2, N.º 03, Fevereiro, 2015, <https://www.datavenia.pt>.

LEITE, André Lamas. O Crime de Subtracção de Menor - Uma Leitura do Reformado Art. 249º do Código Penal, Lisboa: Julgar, n.º 7, Janeiro-Abril, 2009, <http://www.julgar.pt>.

LEITE, Inês Ferreira, Violência doméstica e violência interpessoal: contributos sob a perspetiva do Direito para a racionalização dos meios de prevenção e protecção, Anatomia do Crime, Lisboa: Revista de Ciências Jurídico-Criminais, 2019, <https://www.academia.edu/>.

LEITE, Ana Raquel Gomes. A tutela processual penal do menor “vítima” de violência doméstica. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, CEJ, ISBN 978-972-9122-98-9, 1.ª ed. 2021, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/01/JULGAR37-05-FM.pdf>.

LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra, Almedina, 2015.

LOPES, Joana Sachse Cardoso, *Do Crime de Subtração de Menor Evolução Legal e Reflexões Críticas*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2011, <https://repositorio.ucp.pt>.

LOPES, Manuel Barros. A presunção de inocência, Portugal: Revista Jurídica Portucalense, N.º 31, 2022, DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(31\)2022.ic-07](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(31)2022.ic-07), <https://revistas.rcaap.pt>.

LOPES, Joana Sachse Cardoso. Do crime de subtração de menor, evolução legal e reflexões críticas, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2011, <https://repositorio.ucp.pt>.

LUCA, Luiz Gustavo Canuto de, Lei Maria da Pena aplicada para proteger homens: Um estudo jurisprudencial sob a perspectiva do princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2011: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/429/1/Luiz%20Gustavo%20Canuto%20de%20Luca.pdf>.

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e Notas Práticas*, Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

MARQUES, Nuno Miguel Dias Curado, Subtração de menores quando o progenitor é o criminoso, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2017, https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24846/1/Dissertacao_Nuno_Marques.pdf.

MESQUITA, Paulo Dá. *Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal*, in I Congresso de Processo Penal, Coimbra: Editora Almedina, 2005.

MIRANDA, Francisco Javier Forcada. Subtração internacional de menores: exceção ao retorno e violência intrafamiliar, Almedina: Julgar, N.º 37, p. 77-96, 2019, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/01/JULGAR37-05-FM.pdf>.

MIRANDA, Jorge. Valores permanentes da Constituição portuguesa, Almedina: Julgar, N.º 29, 2016, <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/JULGAR-36-03-JM.pdf>.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau / organizador: Felipe Martins Pinto. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, ISBN: 978-65-81289-00-3, 2019, http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncao_de_Inocencia.pdf.

OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho. Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Porto: Universidade do Porto, 2014, <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/68997/2/24817.pdf>.

PASSOS, Célia. Novos repertórios em Justiça Restaurativa, <https://www.youtube.com/watch?v=7roMblyYcZ4>.

PINHEIRO Rui e MAURÍCIO, Artur, A Constituição e o Processo Penal, Clássicos Jurídicos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos. Programa Das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PIMENTA, Andreia Castanheira. Das medidas cautelares e de Polícia, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, 2015: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/744/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Entrega.pdf>.

PIRES, Cândida da Silva Antunes. Estudos de Direito da Família e Menores: *Subsídios para o Estudo do Instituto do Poder Paternal ou Responsabilidade Parental-natureza, conteúdo, titularidade e exercício*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018.

REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*, Coimbra, Editora Coimbra, II, 2.^a ed. reimpressão, 1982.

REIS, Víctor José Oliveira. Criança e Jovem em Risco (Contributos para a organização de critérios de avaliação de factores de risco), Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/11781>.

BORDALO, T.S.; BORDALO, M.F.S.; GONÇALVES, A.M. A importância da justiça restaurativa no contexto da criminologia. *Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas*, vol.3, Nº 1, p.104-125, Jan./Jul. 2022, <https://www.cnj.jus.br>.

ROBALO, Teresa Lancry A. S. *Estudos Comemorativos XX Anos Código Penal, Código de Processo Penal de Macau: Violência doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau*, Macau: Editora Fundação Rui Cunha, 2016.

ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S. *Breves apontamentos sobre a Lei n.º 2/2016, Medidas de protecção e medidas de coacção: Direito da Mulher e da Criança*, Macau: Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2017.

ROBALO, Teresa Lancry de G. de A. e S. *O Estatuto das Vítimas de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização*, Macau: Universidade de Macau, 2017: <https://webmail.um.edu.mo/>.

ROBALO, Teresa Lancry A. S. Robalo. Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência: Um combate de titãs? Análise do problema à luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau, Lisboa: Revista do Ministério Público, 159: Julho: Setembro, 2019, https://rmp.smmpt.pt/wp-content/uploads/2019/11/8.RMP_159_Teresa_Robalo_3PAG.pdf.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo, Coimbra: in Revista Portuguesa de Ciência Criminal Coimbra, n.º 4, Ano 12, out./dez, 2002.

SANI, Ana Isabel. Vitimação indirecta de crianças em contexto familiar, *Análise Social*, vol. XLI (180), pp. 849-864, 2006, <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218722582J2vZM0qb0Xf05ZG5.pdf>.

SANTOS, André Teixeira dos. Do crime de subtracção de menor Nas-Novas” Realidades Familiares, Lisboa: Julgar N.º 12 (especial) – 2010, disponível em: <http://www.julgar.pt>.

SANTOS, Gil Moreira dos. *Noções de Processo Penal*, Porto-Portugal, O Oiro do Dia, 1994.

SANTOS, Hugo Luz dos e WEI, Wang. A privacidade da temática e a privacidade espacial nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: Algumas notas à luz do conceito de “Ambiente Inteligente”, *Administração*, vol. XXIX, n.º 114, 4.ª ed, pp. 239-262, 2016, <https://www.safp.gov.mo>.

SILVA, Flávio Manuel Carneiro da; CASTRO, Henrique Gustavo R. F de Antas e; SAÚDE, Marta Saúde; TRANCOSO, Raul Estêvão Ramos; REAL, Rui Miguel dos Santos; SILVA, Catarina Pais Silva; OLIVEIRA, Telmo; SANTOS, Vera L. Q. de Oliveira e. Meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de polícia, CEJ, ISBN 978-972-9122-98-9, 1.ª ed. 2019: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Y-MYpPvoBeE%3D&portalid=30>.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora vol. I, 2017.

SILVA, Madalena Barreiros Henriques. *Protecção da vítima no processo penal-Análise crítica da evolução do estatuto processual da vítima*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/49617/1/ulfd0148994_tese.pdf.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Exercício do Poder Paternal, Estudos e monografias*, Porto, Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, nos Casos de Divórcio*, Coimbra: Almedina 5.ª ed. 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*, Coimbra: Almedina, 6.º ed. 2019.

VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

Authorship information

Ofélia Coutinho. Doutoranda e mestre pela Universidade de Macau/Macau. ofeliacoutinho@yahoo.com.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Ao Ângelo Patrício Rafael, PhD pela Universidade de Macau, Faculdade de Direito - revisão linguística do texto.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 10/01/2023
- Review 1: 20/01/2023
- Review 2: 26/01/2023
- Preliminary editorial decision: 05/05/2023
- Correction round return: 20/05/2023
- Final editorial decision: 11/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT BRAZIL):

COUTINHO, Ofélia. Subtração de menor por um dos pais: eficácia prática no contexto parental. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 825-874, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.777>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory


Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita¹


Forensic evidence in Criminal Procedure: the comprehension and mitigation of forensic errors as a mechanism to promote the adversarial principle, the full defense and the right to legal evidence

Maria Eduarda Azambuja Amaral²

Departamento de Química da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo, 14040-901, Ribeirão Preto-SP, Brasil

mariaeduardaamaral@usp.br


 lattes.cnpq.br/2525804613065405


 orcid.org/0000-0002-3361-3888

Aline Thaís Bruni³

Departamento de Química da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo, 14040-901, Ribeirão Preto-SP, Brasil

aline.bruni@usp.br

 lattes.cnpq.br/3354375468883489

 <http://orcid.org/0000-0002-7721-3042>

-
- ¹ Apoio e Financiamento: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq, projeto 465450 / 2014-8 - INCT Ciências Forenses, bolsa 105997/2022-6)
 - ² Advogada. Pesquisadora em estágio pós-doutoral na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP (Bolsista CNPq/Brasil). Doutora em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Perícia Criminal e Ciências Forenses (IPOG). Especialista em Direito Processual Penal (CEI/CERS). Mestra em Biologia Celular e Molecular (PUCRS). Bacharela em Biomedicina (UFRGS).
 - ³ Professora do Departamento de Química da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP. Doutora em Ciências pela Universidade Estadual de Campinas. Pós-doutorado em Biofísica (IBILCE/UNESP) e Química Teórica (IQSC/USP). MBA em Planejamento e Gestão Ambiental pela Universidade Cândido Mendes. Bacharela em Direito pela Universidade Paulista-UNIP.

RESUMO: A ciência forense auxilia a compreensão da dinâmica fática a partir do emprego de métodos, que possibilitam uma maior controlabilidade à produção da prova, buscando reduzir o subjetivismo inerente a outros meios de prova. Neste cenário, o que se busca responder é: como a compreensão e a mitigação dos erros forenses pode auxiliar na garantia dos direitos ao contraditório, à ampla defesa e à prova lícita? Como hipótese de trabalho tem-se que o conhecimento sobre os erros forenses é indispensável para a produção de uma prova pericial de maior qualidade, que leve ao julgador um conhecimento especializado de maior confiança, resultando em uma valoração probatória mais coerente e direcionada aos fatos, buscando reduzir o arbítrio e os erros judiciais. Para isso, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica e consulta à jurisprudência. Foi possível demonstrar, ao final, que a comunidade científica deve refletir, discutir e prezar por mais rigor na ciência forense, priorizando uma comunicação clara dos resultados, de modo a integrar ciência, justiça e sociedade de maneira harmônica.

PALAVRAS-CHAVE: ciência forense; ciências criminais; erros forenses; direitos humanos.

ABSTRACT: *Forensic science contributes to criminal science by using scientific methods, which allow for greater controllability in producing evidence, seeking to reduce the subjectivism inherent in other types of proof. In this scenario, we aim to answer the question: how can the comprehension and mitigation of forensic errors contribute to ensuring the rights of the adversarial principle, the entire defense, and legal evidence? The working hypothesis is that knowledge about forensic errors is indispensable for the high quality of expert evidence, resulting in a more coherent, evidential assessment that is more focused on the facts to reduce arbitrariness and judicial errors. To this end, the hypothetical-deductive method was used, with the technique of bibliographic review and reference to jurisprudence. In conclusion, it was possible to show that the scientific community should reflect, discuss and value more rigor in forensic science, prioritizing a clear communication of results to harmonize science, justice, and society.*

KEYWORDS: *Forensic science; criminal sciences; forensics; human rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A trilogia *Daubert*: um marco no estudo dos erros forenses; 2. Os erros forenses e a importância do seu

estudo no Processo Penal; 2.1. Identificando as fontes de erros; 2.2. O controle dos erros forenses como mecanismo de efetivação de direitos; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Quando ocorre um crime, a investigação é desenvolvida a partir de uma interface dupla: tanto técnica, quanto jurídica. As ciências criminais buscam estudar o fenômeno do crime, diagnosticando os principais problemas de segurança pública e buscando mecanismos de redução de danos (COCKBAIN; LAYCOCK, 2017). A ciência forense, por sua vez, auxilia na compreensão da dinâmica fática a partir do emprego de métodos que possibilitam uma maior controlabilidade à produção da prova, na tentativa de reduzir o subjetivismo inerente a outros meios de prova.

A ciência forense pode ser vista como um dos pilares do sistema de justiça e é considerada essencial para o avanço na resolução de casos criminais. Por muito tempo, a prova pericial foi considerada como algo infalível e inquestionável (KAPLAN; LING; CUELLAR, 2020; MURRIE et al., 2019), notadamente pela racionalidade que sustentou o desenvolvimento científico por séculos. Historicamente a ciência pautou-se por uma *epistemologia de objetividade*, em um cenário alavancado pela dicotomia cartesiana que entendia que o pesquisador se afastava do objeto de modo a não permitir que eventos externos afetassem a sua avaliação. No entanto, há muito já se sabe que tudo aquilo produzido e aplicado pelo ser humano é passível de erros e, portanto, assumir uma objetividade plena é um mito. Com a prova pericial não seria diferente.

O cientista, ao ocupar-se de novas metodologias, inevitavelmente compreende o cenário experimental a partir de um outro olhar, tendo na contestabilidade a principal ferramenta para a identificação de limites e do aprimoramento da técnica. Essa é a ideia de falibilidade inaugurada por Karl Popper no século XX, a partir da qual o autor sustenta que a cientificidade de uma teoria se dá justamente pelo fato dela aceitar ser contestada. Nas palavras de Edgard Morin,

“Popper troca a certeza pelo falibilismo, porém, não abandona a racionalidade. Ao contrário, ele diz que o que é racional na ciência é que ela aceita ser testada e aceita criar situações nas quais uma teoria é questionada, ou seja, aceita a si mesma como biodegradável” (MORIN, 2010, p. 38–39).

Esse cenário dicotômico já não mais se sustenta em uma sociedade que questiona, pelo menos desde a metade do século XX (ROUX; CRISPINO; RIBAUUX, 2012; MORGAN, 2018, 2019; GARRETT, 2021; GARRETT et al., 2021; ROUX et al., 2022; SWOFFORD; CHAMPOD, 2022), a possibilidade de separar as experiências pessoais do fenômeno analisado. Do contrário, é o cientista que cria o cenário, elege o objeto de análise e aplica o método, estando inteiramente imerso em um contexto pessoal e histórico. Por isso, entender as fontes de erros e os potenciais vieses que podem interferir no exame pericial é de extrema importância para aqueles que oferecem o seu serviço em um contexto de investigação criminal (WINBURN; CLEMMONS, 2021).

Tratando da importância da compreensão de erros no cenário criminal, Brandon Garret desenvolveu um estudo em que analisou o contexto processual de 250 exonerações ocorridas nos Estados Unidos (GARRET, 2011), em que indivíduos foram condenados erroneamente. Dos 250 casos, a pesquisa mostra que em 74% (185) a discussão central era o erro relacionado aos exames forenses. Dentre os principais temas, análises de marca de mordida, de cabelo e de sorologia eram aquelas que apresentaram mais erros. Em uma busca recente ao site⁴ do registro norte-americano de exonerações, é possível identificar que das 3.284 exonerações constantes no banco de dados, em 2.509 um dos fatores que contribuiu para a condenação injusta foi a “*bad forensic scncontr*” ou seja, uma “*má ciência forense*”. Infelizmente não é possível encontrar esse dado em relação ao cenário brasileiro.

Apesar disso, é importante lembrar que a perícia criminal, no Brasil, é uma função do Estado e as análises forenses utilizam as condições oferecidas por ele. Logo, não é incomum encontrar notícias sobre centros periciais mal equipados e com poucos investimentos. O estudo

⁴ Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exonerations-in-the-United-States-Map.aspx>>. Acesso em: 15 mai. 2023

mais completo sobre dados da perícia criminal no Brasil foi publicado em 2013 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Esses dados contemplam tanto a perícia Estadual, como a Federal (RODRIGUES; DA SILVA; TRUZZI, 2012; SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013). A variabilidade interestadual e federal é bastante clara, não havendo, em alguns casos, procedimentos padronizados para as avaliações, o que pode gerar interpretações questionáveis. É importante que se reconheça que o levantamento citado provavelmente está desatualizado e não representa o atual cenário de coisas. É provável que a infraestrutura das perícias tenha sofrido um aprimoramento, mas sem os dados não se pode concluir qual o atual momento em que se encontra a perícia brasileira. A pergunta que se coloca é: como ter uma garantia efetiva de que a informação em um laudo é fidedigna? Há pouquíssimos estudos sobre a efetividade e a credibilidade dos laudos periciais e, principalmente, se estes chegam a conclusões metodologicamente adequadas sobre a interpretação dos vestígios (KOEHLER, 2016).

Embora a escassez de recursos seja parte da crise, uma identidade contestada da ciência forense também é um fator significativo. É necessário um consenso sobre a unidade da ciência forense: o que ela “é” e, principalmente, para que serve. Uma identidade consistente, desenvolvida de forma colaborativa e aceita em todo o sistema de justiça, é fundamental para diagnosticar as diferentes causas da crise e ser capaz de articular soluções eficazes. A medida em que a ciência forense é considerada uma disciplina unificada, coerente e interdisciplinar (RODRIGUES et al., 2022), determinará como ela se desenvolve, quais os desafios que ela é capaz de enfrentar e o quão bem-sucedida ela será na superação da crise atual (MORGAN, 2019). Isso decorre do fato de que, ao tratarmos a ciência forense de uma forma compartimentada, como um conjunto de ciências multidisciplinares e não integradas, impedimos que ela seja considerada uma ciência autônoma com principiologia própria. Ou seja, “considerar a ciência forense de maneira integrada auxilia na coleta de dados que podem ser utilizados de maneira eficiente em mecanismos de inteligência forense” (RODRIGUES et al., 2022).

Neste cenário, o estudo dos erros forenses se coloca como elemento central para a compreensão dos limites e das insuficiências estruturais que perpassam as análises forenses, buscando uma maior compreensão

do resultado de uma perícia. Na interface técnica, conhecer as fontes e dar publicidade às taxas de erros das metodologias empregadas nas análises e, conseqüentemente, dos limites da técnica, é uma maneira de compreender as necessidades da ciência forense e de como aprimorar o trabalho prestado. Na interface jurídica, por sua vez, esse conjunto de informações são indispensáveis para que se produza uma perícia de qualidade e mais transparente, propiciando uma maior efetivação dos direitos à prova lícita, à ampla defesa e ao contraditório. Como consequência, tem-se a redução de erros e arbítrios judiciais, se colocando como um mecanismo de respeito aos direitos humanos e aos princípios de um processo penal democrático.

Sendo assim, o presente artigo possui como objeto central o estudo dos erros forenses no contexto processual penal, tentando compreender as principais fontes de erro e quais os entraves que devem ser superados para que se possa produzir uma prova pericial mais qualificada e transparente. O que se busca responder é: como a compreensão e a mitigação dos erros forenses pode auxiliar na garantia dos direitos ao contraditório, à ampla defesa e à prova lícita? Como hipótese de trabalho tem-se que o conhecimento sobre os erros forenses é indispensável para a produção de uma prova pericial de maior qualidade, que leve ao julgador um conhecimento especializado de maior confiança, resultando em uma valoração probatória mais coerente e direcionada aos fatos, buscando reduzir o arbítrio e os erros judiciais. É a partir da interpretação dos vestígios através da análise realizada pelos diversos métodos que se gera conhecimento técnico especializado, o que auxilia no processo de tomada de decisão jurídica, justificando a importância do presente estudo (MORELATO et al., 2014; DROR, 2017; COOPER; METERKO, 2019). Para isso, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica e consulta à jurisprudência.

1. A TRILOGIA DAUBERT: UM MARCO NO ESTUDO DOS ERROS FORENSES

O cenário norte-americano é peça chave no estudo dos erros forenses, ainda que a discussão se coloque no momento da admissibilidade

da prova, geralmente de características diferentes aos sistemas romano-germânicos (VÁZQUEZ, 2021). Nos EUA vigora o modelo da *common law*, no qual os precedentes jurisprudenciais têm importância central nas decisões judiciais. Nesse sistema, as demandas são resolvidas de forma mais específica, levando em consideração suas principais características. Para que o réu seja considerado culpado, a hipótese acusatória deve ser confirmada a partir de um arcabouço probatório que supere qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*) (TARUFFO, 2014). A interpretação mais aceita desse *standard* probatório demanda uma prova incriminatória suficiente para descartar, por completo, qualquer versão alternativa e razoável dos fatos que possa inocentar o acusado. Ou seja, é necessário um juízo de probabilidade bastante elevado acerca do nexos de causalidade e da culpabilidade do réu para que ele seja condenado (GOMES et al., 2008; GUNN; MEVIS, 2018; PALMA, 2020; GONÇALVES; DISSENHA, 2021; SOUSA FILHO, 2022).

Antes de falar dos casos, é importante fazer uma diferenciação entre a figura do perito na *common* e na *civil law*. Na *common law*, as provas periciais são apresentadas na corte a partir do testemunho do perito (daí surge a ideia do *expert witness*). O perito é, portanto, interrogado. No sistema da *civil law*, o perito não é uma testemunha e a prova pericial não tem qualquer semelhança com a prova testemunhal. A prova é formalmente oferecida em forma de laudo, contendo informações técnicas e/ou científicas específicas, embora o perito também possa ser chamado em juízo para prestar esclarecimentos e emitir suas opiniões (TARUFFO, 2014). Apesar das diferenças, em ambos os sistemas jurídicos a produção da prova deve, sempre que possível, aplicar as melhores técnicas internacionais e levar em consideração os controles de qualidade indicados pelos órgãos especializados na matéria. Ou seja, a diferença substancial está em como a prova é apresentada e não na aplicação da técnica na prática.

Em 1923, o caso *Frye v. United States*⁵ estabeleceu um primeiro padrão para a aceitação da prova pericial. Neste caso, James Frye, que já tinha sido condenado por homicídio, retratou-se da confissão que havia

⁵ Disponível em: <<https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7>>. Acesso em: 11 jun. 2022

feito. Em primeiro grau, a defesa requereu ao juízo que James fosse submetido a um detector de mentiras baseado em uma análise inovadora de pressão sanguínea (VÁZQUEZ, 2021), pedido que foi negado pelo juízo de primeiro grau. Diante disso, a defesa recorreu e o pedido também foi negado em segundo grau, sob a fundamentação de que a técnica precursora do polígrafo não havia conquistado a aceitação geral no campo ao qual pertencia. Ou seja, a Suprema Corte do Distrito de Columbia afirmou que, para que uma metodologia científica seja admitida no tribunal, deve ser demonstrada a aceitação geral da técnica na comunidade científica (*general acceptance test*) (HERDY, 2020; IMWINKELRIED, 2020), confirmando a sentença condenatória. O critério *Frye* é, por isso, também conhecido como critério da aceitação geral.

No entanto, alguns problemas surgem a partir desse padrão. O primeiro é de que não há uma definição de como mensurar esse critério; o segundo, é que não se pode estabelecer quais são os círculos científicos relevantes. Quer dizer, não há um parâmetro humano e de aceitação para subsidiar o critério estabelecido em *Frye*. Com o passar dos anos, diversos tribunais passaram a criticá-lo fortemente, por ser “demasiadamente maleável para ser útil” (VÁZQUEZ, 2021). Em 1975, à parte da discussão acerca de *Frye*, foram promulgadas as *Federal Rules of Evidence* (FRE), ou Regras Federais Norte Americanas acerca da prova, cuja regra 702 se propunha a regular a admissibilidade da prova pericial e não abarcava o critério da aceitação geral.

Apesar disso, o critério *Frye* ainda perpassou os debates até 1993, quando o caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, de natureza civil, mudou o curso da aceitabilidade da prova pericial. Na década de 1980, o casal *Daubert* ajuizou uma ação indenizatória contra a farmacêutica *Merrell Dow*, alegando que a ingestão pré-natal do medicamento Bendectin, comercializado pela empresa, teria sido a causa de malformação nos seus filhos. Tal medicamento era utilizado para prevenir indisposições durante a gravidez.

A Corte Federal do Distrito Sul da Califórnia (*United States District Court for the Southern District of California*), responsável por analisar o caso em primeira instância, afastou o testemunho de oito peritos apresentados pelo casal – os quais afirmavam que o Bendectin “*poderia possivelmente* causar danos congênitos” (VÁZQUEZ, 2021), por entender

que eles não atendiam ao requisito da aceitação geral. Além disso, a Corte Federal também afastou o testemunho de um médico especialista pela farmacêutica – que afirmava não haver dados epidemiológicos publicados que demonstrassem a correlação entre o fármaco e a má-formação, sob o argumento de que os dados não teriam sido publicados ou sujeitos a uma avaliação por pares (VÁZQUEZ, 2021).

Os autores recorreram e, chegando à Suprema Corte Norte Americana, foi decidido que o critério da aceitação geral havia sido superado pela regra 702 das FRE e que o juiz de primeira instância deve atuar como guardião (*gatekeeper*) da prova pericial, recaindo sobre ele a responsabilidade para excluir depoimentos não confiáveis (CRISPINO, 2008; SANDERS, 2009; MIRZA, 2016). Além disso, a corte determinou que o juiz deve verificar alguns requisitos básicos no momento da admissibilidade da prova pericial.

De maneira prática, o chamado Critério *Daubert* estabeleceu (i) que a apresentação de provas científicas no tribunal deve ter base empírica, (ii) que os métodos utilizados devem ser confiáveis e (iii) que as taxas de erros devem ser conhecidas e aceitáveis. Além disso, (iv) determinou que os métodos e as metodologias utilizados devem ter sido revisados por pares, publicados em periódico internacional indexado e aceitos na comunidade científica. Por fim, (v) a prova pericial deve ser útil para auxiliar o julgamento e (vi) deve ter sido realizada independentemente do litígio em específico. Esses requisitos apresentados pela Suprema Corte estabeleceram limites para o testemunho do expert, evitando que fossem usadas meras opiniões em relação à avaliação científica (SANDERS, 2009; MIRZA, 2016; GIANNELLI, 2017; SILVA, 2018). Superava-se, assim, o critério *Frye* e o mito da objetividade da prova pericial (WINBURN; CLEMMONS, 2021).

O caso *Daubert* levou a reflexões sobre o uso da ciência forense e suas consequências para um julgamento. Por esse motivo, é considerado um marco no que tange à admissibilidade das provas periciais nas cortes americanas. Os desdobramentos do julgamento impactaram a regra 702 das FRE, estabelecendo padrões mínimos a serem observados para avaliar a confiabilidade e a utilidade do testemunho de um especialista (LII: LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 2011):

Regra 702. Testemunho do Expert

Uma testemunha qualificada como especialista por conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou educação pode depor na forma de opinião ou de outra forma se:

- (a) o conhecimento científico, técnico ou outro conhecimento especializado do perito ajudará o julgador do fato a compreender a evidência ou a determinar um fato em questão;
- (b) o testemunho é baseado em fatos ou dados suficientes;
- (c) o testemunho é produto de princípios e métodos confiáveis;
- (d) o “expert” aplicou de forma confiável os princípios e métodos aos fatos do caso. (tradução dos autores)⁶

Após *Daubert*, dois outros casos foram importantes para reafirmar a jurisprudência da Suprema Corte. O caso *General Electric Co. vs Joiner*⁷ ocorreu em 1992, quando Joiner, um ex-funcionário da empresa General Electric, diagnosticado com câncer de pulmão, entrou com uma ação no Tribunal da Geórgia, alegando que sua doença fora desencadeada pela exposição laboral contínua a agentes químicos. Como evidência científica, Joiner levou o testemunho de especialistas que afirmavam – com base em estudos pré-clínicos – o nexos de causalidade entre a exposição aos elementos químicos e o desenvolvimento de câncer. O Tribunal Distrital decidiu a favor da empresa, justificando que não havia provas o suficiente que demonstrassem que o indivíduo teria sido exposto às toxinas e, prin-

⁶ *Rule 702. Testimony by Expert Witnesses*

Primary tabs

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;*
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;*
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and*
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.*

⁷ *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/136/case.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2022

cialmente que os especialistas não conseguiram comprovar que havia alguma correlação. Na análise do recurso, a Corte de Apelação entendeu que o tribunal *a quo* errou ao excluir o testemunho dos peritos, justificando que “as regras federais de prova que regem os depoimentos de especialistas mostram uma preferência pela admissibilidade”. A Suprema Corte Norte Americana, por sua vez, reverteu a decisão da Corte de Apelação, sustentando que nada em *Daubert* ou nas Regras Federais exige que um juiz admita uma prova de opinião ligada a dados existentes apenas pelo *ipse dixit* do perito. Ou seja, o foco do debate deve permanecer na metodologia e nas técnicas empregadas e não apenas na conclusão do estudo oferecido na corte. Ficou decidido que “as provas periciais apresentadas eram insuficientes em si mesmas, ou em conjunto” para sustentar que a exposição aos químicos havia contribuído para o desenvolvimento da doença (VÁZQUEZ, 2021). Isso reforçou o papel de *gatekeeper* do juiz, uma vez que o tribunal tem legitimidade para concluir quando há lacunas entre os dados e a opinião levada à corte.

O terceiro caso, *Kumho Tire Co., Ltd. vs. Carmichael*⁸, começou em 1993 e levou em consideração questões relacionadas ao testemunho de peritos. Patrick Carmichael estava dirigindo um veículo quando o pneu estourou e o veículo tombou, resultando na sua morte e no ferimento dos outros passageiros. Os sobreviventes e o representante do falecido entraram com uma ação contra o fabricante do pneu (*Kumho Tire*) e seu distribuidor, alegando – a partir de um testemunho pericial – que a falha no pneu foi a causa do acidente. Entretanto, a análise deu-se apenas por inspeção visual e tátil do pneu e baseou-se na teoria de que na ausência de pelo menos dois dos quatro sintomas físicos que indicam excesso de uso de pneus, a falha do modo como ocorreu teria sido causada por um defeito de fabricação (VÁZQUEZ, 2021). O Tribunal Distrital (primeiro grau), ao aplicar os critérios *Daubert*, entendeu que não havia confiabilidade na metodologia apresentada pelo perito. A Corte de Apelação sustentou que o tribunal *a quo* havia cometido um erro ao aplicar *Daubert*, afirmando que esse critério se limitava apenas ao contexto científico e não a análises técnicas baseadas em habilidade

⁸ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/526/137.html>>. Acesso em: 15 jun. 2022

ou experiência. A Suprema Corte Norte Americana reverteu a decisão do Tribunal de Apelação em 1999, considerando que a obrigação *gate-keeping* aplica-se não apenas ao testemunho científico, mas a todos os tipos de esclarecimentos prestados por especialistas (também chamada de prova técnica). Ou seja, o critério *Daubert* não é um esquema rígido e taxativo, mas um critério geral e flexível que deve ser aplicado em cenários de prova técnica e/ou científica.

Por fim, não se pode deixar de salientar dois relatórios que foram produzidos nos Estados Unidos e que expuseram alguns problemas encontrados nas análises forenses, servindo de base para o estudo dos erros. O primeiro deles é o *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, produzido em 2009 pela *National Agency of Science (NAS) (NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, 2009)*, o qual demonstrou que algumas técnicas empregadas não apresentam confiabilidade e cientificidade suficientes para serem empregadas no contexto forense e elencou algumas recomendações na busca por uma maior qualidade da prova pericial. Dentre elas, pode-se citar (i) o estabelecimento da ciência forense como um campo maduro de pesquisa e prática, com a padronização de terminologias a padrões de aplicabilidade, (ii) o desenvolvimento de pesquisas acerca da precisão, confiabilidade e validade das técnicas forenses e (iii) o investimento em treinamento pessoal, capacitação, educação e acreditação de laboratórios. A recomendação 5, por sua vez, incentiva o desenvolvimento de pesquisas relacionadas aos vieses e erros forenses, buscando quantificar e caracterizar esses erros e determinar os seus efeitos no contexto processual. A partir disso, a ideia era desenvolver padrões de procedimentos, a fim de minimizar, na medida do possível, potenciais vieses e fontes de erro.

O segundo foi o documento encomendado pelo ex-presidente dos EUA, Barack Obama, produzido pelo comitê conhecido como *President's Council of Advisors on Science and Technology (PCAST)* e intitulado *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods* (PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY (PCAST), 2016), que se propôs a avaliar o cumprimento das recomendações feitas pelo NAS no relatório anterior. Infelizmente o cenário não foi muito favorável. Os dados do PCAST demonstram a ausência de informações acerca de quais padrões

científicos são utilizados nas análises forenses, havendo lacunas em relação à validade e à confiabilidade científica dos métodos. Ou seja, as mesmas preocupações identificadas em 2009 seguiram até 2016 e, provavelmente, algumas delas permanecem até os dias atuais.

Especificamente em relação ao estudo dos erros forenses, o relatório encomendado pelo presidente Barack Obama apontou a ausência de transparência em relação às taxas de erros, sendo cientificamente indefensável a afirmativa sobre a possibilidade de 100% de certeza em uma técnica (CHRISTENSEN et al., 2014; GARRETT; FABRICANT, 2018; CRISPINO et al., 2022). A evidência científica, apesar de fornecer uma prova mais objetiva ao processo penal, deve ser estudada dentro dos limites da técnica empregada. A importância prática e o uso frequente desse tipo probatório justificam ainda mais a necessidade de um estudo sério dos erros no cenário forense. É necessário primeiro reconhecer quais os problemas que podem ocorrer para, então, desenvolver estratégias para evitá-los ou, até mesmo, minimizar seus impactos práticos, servindo como mecanismo de respeito aos direitos humanos e à principiologia probatória do processo penal (KOPPL, 2005; ESSEIVA et al., 2007; GIANELLI, 2008; RIBAUUX; CRISPINO; ROUX, 2014; KOEHLER, 2017).

2. OS ERROS FORENSES E A IMPORTÂNCIA DO SEU ESTUDO NO PROCESSO PENAL

Os erros são algo natural e inerente a qualquer procedimento técnico-científico (GARRETT, 2021) e, portanto, assumir a inexistência de erros é atestar o desconhecimento da própria técnica. As fontes de erro são inúmeras e, a partir da sua identificação, é possível, desenvolver mecanismos de redução e controle. Sendo assim, nos últimos anos cresceu muito o acerca dos tipos de erros (DROR; CHARLTON, 2006; CHRISTENSEN et al., 2014; DU, 2017; DROR; SCURICH, 2020; DE ANDRADE; SALUM; FERRARI JÚNIOR, 2021) e a discussão sobre a importância de uma correta aplicabilidade das técnicas para orientar a investigação acerca da autoria e da materialidade de um crime (CLARKE, 2004; COCKBAIN; LAYCOCK, 2017). A ideia é centrar-se e identificar os erros, aprendendo com eles como aprimorar as metodologias de análise.

2.1. IDENTIFICANDO AS FONTES DE ERROS

Os possíveis erros gerados na atividade pericial têm sido objeto de discussão em diversos setores. O *Innocence Project*, por exemplo, é uma organização não governamental relacionada aos direitos humanos nos Estados Unidos que tem de maneira sistemática questionado condenações baseadas em convicções errôneas. No Brasil esse projeto teve início em dezembro de 2016 e tem como objetivo identificar e reverter as condenações de inocentes do país (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2017).

Há uma série de situações e contextos em que erros podem ocorrer durante a aplicação de uma técnica. Alguns cenários facilitam a identificação, enquanto outros impõem algumas limitações e dificuldades. O importante é assumir o fato de que as fontes são extensas e variadas e, por isso, não se busca esgotar a temática, mas tão somente apontar alguns cenários sabidamente críticos e descritos pela literatura atual como potenciais fontes de erro no cenário forense.

Sem desconhecer que há variadas formas de classificar as fontes e os tipos de erros forenses, optou-se, para fins didáticos e para manter uma organização da ideia, por dividir em três grandes grupos – que não são excludentes nem totalmente independente entre si, apenas agrupam cenários práticas que se aproximam no que tange à temática: o primeiro deles refere-se a fontes de erros diretamente relacionados às técnicas em si, ou seja, questões de prática metodológica; o segundo, por sua vez, abarca questões institucionais e administrativas, focando na estrutura organizacional como um todo; o terceiro, por fim, fala das diferenças conceituais e principiológicas e da incompatibilidade cultural que há entre a ciência forense e o direito.

Peter Huber, um advogado norte-americano crítico às *Federal Rules of Evidence*, em 1991 publicou o livro *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, no qual ele cunhou o termo *junk science*, para descrever a aceitação judicial de testemunhos de especialistas não confiáveis (GIANNELLI, 1993). Com o passar dos anos essa expressão passou a ser amplamente utilizada como sinônimo às técnicas que não apresentam padrões confiáveis de cientificidade ou, ainda, que possuem altas taxas de erro. Exemplos citados pelo relatório norte-americano são as análises

de mordida (*bitemarks*), as quais, conforme descrito, são apresentadas no tribunal sem validação científica, determinação de taxas de erro ou testes de confiabilidade para explicar os limites da técnica (NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, 2009). O emprego de *junk science* na ciência forense pode ter um efeito devastador, pois a fragilidade dos métodos pode afetar uma série de etapas da análise pericial, levando a conclusões frágeis e, até mesmo, errôneas (CRESSEY, 2012; SERVICK, 2016). A lógica na ciência forense é de que as técnicas tenham base estatística para garantir uma validação adequada e, principalmente, a reprodutibilidade (STERN, 2017).

No primeiro grupo, podem-se citar os problemas relacionados ao processamento de vestígios. Eles incluem desde a coleta, passando pelo transporte, armazenamento, condicionamento e preservação das amostras a serem periciadas. A ausência de protocolos de padronização e de procedimentos uniformizados pode levar a contaminações e degradações indesejadas (REID, 2018). Isso está diretamente associado tanto a uma implementação adequada da cadeia de custódia do vestígio, quanto ao chamado *efeito backlog* - que pode ocorrer nos laboratórios e está relacionado ao tempo de armazenamento das amostras até que a perícia seja realizada. Um estudo demonstrou que, quanto mais tempo amostras de maconha ficam armazenadas para posterior análise, maior a probabilidade de um resultado ser inconclusivo e menor a de um positivo (DE ANDRADE; SALUM; FERRARI JÚNIOR, 2021). Ou seja, a forma de processamento dos vestígios e a logística do próprio laboratório forense também impactam nos dados encontrados.

Já, em relação ao segundo grupo, há uma série de questões institucionais que podem resultar em uma maior probabilidade de ocorrência de erros. A falta de uma infraestrutura mínima, de gerenciamento dos vestígios e de investimento em equipamentos podem afetar a logística interna e a qualidade dos serviços prestados pelos órgãos de perícia. A ausência de condições mínimas de trabalho pode gerar vícios nas operações de análise e disseminação de resultados (ROUX; CRISPINO; RIBAUX, 2012). O monopólio da interpretação de vestígios por uma única instituição e a vinculação de laboratórios forenses a agências ligadas à fase investigativa pode favorecer um cenário acusatório desequilibrado e reduzir a imparcialidade pericial (KOPPL, 2010; EDMOND et al., 2015).

No Brasil, o último diagnóstico mais geral da perícia criminal foi realizado no ano de 2013, o qual identificou a carência de pessoal, de equipamentos e de capacitação, e apontou a “necessidade de reformulação da gestão da criminalística, sem o que o país siga carente de serviço tão fundamental para a proteção dos direitos humanos” (SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013). Segundo o Anuário de Segurança Pública de 2022, atualmente há, no Brasil, 6.375 peritos criminais, 2.460 médicos legistas e 2.988 papiloscopistas. A recomendação das Organizações das Nações Unidas (ONU) é de que o país tenha 1 perito a cada 5 mil habitantes. Levando em consideração que a população brasileira atual é de aproximadamente 211 milhões de habitantes, conforme a última estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹, e somando os dados do anuário (peritos criminais, médicos legistas e papiloscopistas – que totalizam 11.805 profissionais), o Brasil tem um déficit de 30.395 profissionais.

Apenas a título de exemplo, o anuário demonstrou que, em 2021, ocorreram 39.961 homicídios dolosos, 512 lesões corporais seguidas de morte, 184.586 casos de tráfico e 164.879 de posse e uso de entorpecentes, 14.921 estupros e 45.994 estupros de vulneráveis (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022). Uma quantidade extremamente elevada para o número de efetivo pessoal disponível, sendo praticamente impossível suprir a demanda investigativa. Isso reflete a falta de investimento institucional, o que resulta em um passivo extremamente elevado que, lá em 2013, já era de 22.479 laudos em relação a locais de crime contra a pessoa, 200.622 em locais de crime contra o patrimônio e 61.668 em acidentes de trânsito (SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013).

O terceiro grande grupo abarca, de uma maneira mais geral, a distância teórica, conceitual e de linguagem que existe entre o direito e a ciência forense. Há algumas incompatibilidades metodológicas que devem ser levadas em consideração nesse cenário (ROBERTS, 2015). Essa diferença se dá, principalmente, porque enquanto as ciências buscam princípios mais gerais, o direito avalia a aplicabilidade da lei para

⁹ Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-pr-254-de-25-de-agosto-de-2020-274382852>>. Acesso em: 16 mai. 2023

cada evento. A ciência possui um desenvolvimento muito mais acelerado e dinâmico, se reinventando a cada descoberta. O direito, por sua vez, possui regras e procedimentos formais mais estáticos e que demandam um esforço maior para serem atualizados. Exemplo claro disso é a atividade legislativa, em que o projeto de novo código de processo penal (PL 8045) está em tramitação desde 2010. Apesar da natureza contraditória e do desenvolvimento à parte dessas culturas, o sistema jurídico não pode dispensar o conhecimento técnico-científico, da mesma forma que a ciência forense não pode prescindir dos requisitos legais. Esse processo simbiótico é essencial na aplicação da lei e no correto emprego das técnicas forenses, buscando assegurar os direitos e as garantias fundamentais das partes processuais (HAACK, 2009).

Nesse contexto, a forma pela qual a informação chega ao processo penal é peça chave no cenário democrático. O uso de termos muito técnicos e pouco didáticos contribui de maneira significativa para os problemas de comunicação no sistema de justiça. É preciso compreender que a comunidade – pensando nas partes do processo – e os operadores do direito não possuem o mesmo *background* de conhecimento dos especialistas forenses e, por isso, não lhes pode ser exigido uma compreensão direta e ampla dos termos utilizados na redação dos laudos periciais. É dever dos peritos o desenvolvimento de habilidades de comunicação para alcançar a sociedade de uma forma geral (BRACH; DUNN, 2009; CHRISTENSEN et al., 2014; HOWES, 2015). Um estudo realizado por Georgiou e colaboradores desenvolveu uma série de ferramentas para conceitualizar, avaliar e comunicar resultados incertos na ciência forense, o que pode ser extrapolado para a comunicação pericial de uma forma geral. Isso envolve, por exemplo, a necessidade de utilização de termos apropriados para cada fenômeno a ser informado e o uso de dados estatísticos para embasar os achados (GEORGIU; MORGAN; FRENCH, 2020).

No entanto, reconhecer a importância de uma comunicação efetiva não significa abdicar da realidade de carência formativa dos próprios profissionais do direito. Aos operadores do sistema criminal não lhes é exigido um conhecimento pleno para avaliar de maneira verticalizada as evidências científicas, entretanto, uma compreensão mínima é indispensável para uma formação interdisciplinar completa. Por isso, é

importante que haja uma coerência nos questionamentos que são realizados por parte dos operadores do direito, evitando viesamentos que busquem apenas um interesse pessoal, da mesma forma que peritos e assistentes técnicos não podem fundamentar respostas em argumentos não científicos (EDMOND et al., 2016; REID, 2018; SANGER, 2019). Para isso, o Ministério da Justiça, junto com a Perícia Federal, desenvolveu o Manual de Orientação de Quesitos da Perícia Criminal¹⁰, que tem como objetivo orientar e facilitar essa comunicação.

Além disso, é sempre importante levar em consideração todas as informações da técnica e dos procedimentos empregados para identificar a possibilidade de ocorrência de erro na análise das evidências, evitando, dessa maneira, alegações infundadas e baseadas em lacunas teóricas. Alguns esclarecimentos sobre os procedimentos e o desempenho profissional podem ser úteis na tentativa de resolver problemas e melhorar o sistema de justiça. Por exemplo, os profissionais do direito podem questionar se uma certa análise foi baseada na ciência e se o especialista possui a experiência necessária para tal. Perguntas sobre a qualidade dos dados também podem ser relevantes (GARRETT; NEUFELD, 2009; SANGER, 2013; REID, 2018) para compreender o resultado alcançado.

Esses três grupos abarcam alguns cenários que podem gerar erros na prática. Os erros variam em cada cenário. Um erro pode ser definido como engano, uma imprecisão, um problema de cálculo ou um descuido prático (FRANCK; FRANC, 2020). Há dois tipos de erro relevantes e que merecem atenção – apesar de não serem os únicos: são os falsos positivos e os falsos negativos. Usando o exemplo de uma análise de droga, o falso positivo ocorre quando o resultado de um teste afirma que há a substância ilícita em uma amostra quando esta está ausente. O falso negativo, por sua vez, atesta que não há a substância, quando, na realidade, há. Diversos estudos (BORDINI et al, 2012; FUCCI; DE GIOVANNI, 2012; CONCEIÇÃO et al., 2014; DE JONG et al., 2018; MARTIRE et al., 2019; ELIAERTS et al., 2021; GROWNS; KUKUCKA, 2021) vem sendo desenvolvidos para compreender esses erros, o que auxilia no desenvolvimento

¹⁰ Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Manual-de-orientação-de-quesitos-da-perícia-criminal.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2023

de mecanismos de controle. Uma vez que se possua a informação sobre os erros, principalmente sobre a probabilidade e sensibilidade da técnica (FRANCK; FRANC, 2020), dever-se-á discutir sobre o manejo jurídico desses dados (VÁZQUEZ, 2021).

2.2. O CONTROLE DOS ERROS FORENSES COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

No Brasil, o estabelecimento de processo democrático a partir da Constituição de 1988 (CF/88) trouxe garantias processuais básicas e normas regulamentadoras da produção probatória que devem ser respeitadas (DE MENDONÇA, 2014; FONSECA, 2018). A principal delas é a vedação à prova ilícita, disposta no artigo 5, inciso LVI da CF/88 e no artigo 157 do CPP que, apesar de ser uma regra probatória de extrema importância, não é suficiente para garantir que a prova pericial seja idônea.

Isso quer dizer que o fato de uma prova ser lícita não significa – ou não é garantia – de que ela foi obtida por meio de boas práticas forenses de investigação e de análise. Nesse sentido, o uso de mecanismos de controle e de redução de erros forenses é peça fundamental para a obtenção e produção de provas pautadas pela principiologia e legalidade democráticas. No contexto penal, espera-se que os exames periciais sejam conduzidos pelos peritos oficiais com suficiente e confiável rigor técnico-científico, de acordo com as melhores práticas internacionais, buscando auxiliar na reconstrução fática e na confirmação ou refutação das hipóteses processuais.

A prova pericial normalmente é produzida antecipadamente, em momento anterior ao procedimento criminal, ainda em sede de inquérito policial. E há justificativas técnicas para isso, além da norma disposta nos incisos I e VII do artigo 6º do Código de Processo Penal (CPP), pois, na ciência forense, o tempo é inimigo da precisão. Isso quer dizer que, quanto mais tempo demorar para ser feita a busca dos vestígios, a coleta e a análise, menores são as chances de se produzir uma prova confiável. O próprio tempo de armazenagem do vestígio pode impactar na análise forense, como já foi referido em um estudo que demonstrou o aumento de resultados inconclusivos de acordo com o tempo de estocagem das amostras (DE ANDRADE; SALUM; FERRARI JÚNIOR, 2021).

Nesse cenário, quando a denúncia é oferecida, ela normalmente está acompanhada da prova pericial, não havendo um juízo prévio de admissibilidade desse tipo probatório. Em princípio, a ela só será discutida pela sua admissibilidade e valoração quando da avaliação pelo juízo na instrução probatória (HERDY; DIAS, 2021), ou seja, por aquele(a) que irá julgar a causa. Vale lembrar, ainda, que de acordo com o princípio do livre convencimento motivado¹¹, disposto no artigo 155 do CPP, o juiz tem a liberdade de apreciar a prova e formar seu convencimento, desde que a decisão seja devidamente fundamentada por meio da apreciação da prova produzida sob contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (AUILO, 2021).

Assim, apesar de ser produzida de maneira antecipada, é necessário que a prova pericial seja submetida ao contraditório para que possa ser utilizada como elemento do arcabouço probatório, ainda que de forma diferida (já que produzida antecipadamente), já que a “possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado” (PRADO, 2014). Para isso, é indispensável que se conheça a metodologia empregada, como se deu o procedimento pericial, a taxa de erro da técnica, além de toda a documentação da cadeia de custódia da evidência. Isso se deve, principalmente, pois a análise pericial pode afetar diretamente a liberdade do indivíduo envolvido naquele procedimento criminal, sendo essencial que não restem dúvidas sobre os procedimentos e resultados ali expostos (MOZAYANI; NOZIGLIA, 2006). Nesse sentido o documento produzido pela Rede Europeia de Institutos de Ciência Forense (*European Network of Forensic Science Institutes – ENFSI*) estabelece que os profissionais forenses têm o dever de auxiliar o tribunal, explicando o significado das suas conclusões no contexto do caso (ENFSI, 2016).

Neste contexto, várias iniciativas nacionais e internacionais têm sido desenvolvidas na tentativa não só de identificar as fontes de erros, mas também tentar minimizá-las. Um exemplo é *National Institute of*

¹¹ Também conhecido como Princípio da Persuasão Racional do Juiz.

Standards and Technology (NIST) que administra uma organização de comitês científicos (*Organization of Scientific Area Committees for Forensic Science* - OSAC), a qual tem por objetivo o desenvolvimento de padrões e diretrizes com base científica para a análise dentro das diversas disciplinas forenses. Nessa mesma lógica, a *International Organization for Standardization* (ISO) publicou, em 2018, a norma ISO 21043, relacionada a ciência forense. A primeira parte do documento corresponde a termos e definições, enquanto a segunda se encarrega de protocolos relacionados a procedimentos de cadeia de custódia. A ideia de lançar esses documentos consiste em estabelecer padrões internacionais para aumentar a confiabilidade no processamento dos vestígios e a transparência nas investigações. Os padrões, ainda, podem auxiliar as trocas de informações entre países e o estabelecimento de cooperações no âmbito da inteligência forense.

No Brasil, em 2020 passou a vigorar os artigos 158-A até 158-F do CPP, que regulamentam a cadeia de custódia das provas periciais, que se trata de um pressuposto fundamental para garantir a integridade do vestígio, assegurar a rastreabilidade da fonte de prova e contribuir para uma decisão mais coerente com os fatos, potencializando-se o contraditório (GIACOMOLLI; AMARAL, 2020). Além disso, o Instituto Vladimir Herzog, em parceria com a Fundação Friedrich Ebert, promoveu uma série de encontros do Grupo de Trabalho (GT) Perícia Criminal nos anos de 2020 e 2021, com o intuito de aprofundar a discussão a respeito das necessidades de aperfeiçoamento técnico e científico das perícias e sua adequação aos principais parâmetros e diretrizes de Direitos Humanos. Os trabalhos partiram de um debate sobre o Relatório Nacional sobre Perícia Criminal (MEDEIROS, 2020), cujas recomendações indicavam, dentre outras necessidades, o investimento em educação, ciência e tecnologia para a valorização de pesquisas sobre perícia criminal e a continuidade de investimento em programas de atuação autônoma de peritos.

Já em 2009, inclusive, o relatório norte-americano indicava a necessidade de controlabilidade dos erros, com investimentos em educação, treinamento de boas práticas metodológicas e acreditação de laboratórios e pessoal. Segundo o documento, seria recomendado, dentre

outras coisas,¹² (i) apoiar a pesquisa das ciências forenses sobre o viés humano e as fontes de erro, (ii) desenvolver ferramentas para o avanço da medição, validação, confiabilidade, compartilhamento de informações e testes de proficiência, a fim de estabelecer protocolos para exames, métodos e práticas, (iii) exigir o credenciamento obrigatório de todos os laboratórios forenses e a certificação para todos os profissionais da ciência forense e (iv) que os laboratórios estabeleçam procedimentos rotineiros de garantia de qualidade.

Boas práticas de análise forense, equipamentos adequados, profissionais capacitados e procedimentos padronizados são essenciais para a produção de evidência e redução de erros. Uma das ferramentas críticas de gestão em análise forense é a certificação, que pode conferir segurança aos procedimentos administrativos e institucionais. A acreditação busca atestar a credibilidade técnica da prestação de um serviço. A garantia da qualidade em um processo de investigação criminal é fundamental, pois pode evitar questionamentos jurídicos sobre as provas produzidas consequentes nulidades, sendo reiteradamente reforçada a sua necessidade no cenário pericial. O procedimento de acreditação realiza diversas atividades aplicáveis aos laboratórios de calibração e ensaios e análises clínicas, além de serviços de consultoria e acompanhamento da interpretação dos resultados (KOCH; TANDALO; SILVA, 2016; RODRIGUES; DE

¹² No original: 1. Create a National Institute of Forensic Sciences (NIFS). 2. Standardize terminology and reporting practices. 3. Expand research on the accuracy, reliability, and validity of the forensic sciences. 4. Remove forensic science services from the administrative control of law enforcement agencies and prosecutors' offices. 5. Support forensic science research on human observer bias and sources of error. 6. Develop tools for advancing measurement, validation, reliability, information sharing, and proficiency testing and to establish protocols for examinations, methods, and practices. 7. Require the mandatory accreditation of all forensic laboratories and certification for all forensic science practitioners. 8. Laboratories should establish routine quality assurance procedures. 9. Establish a national code of ethics with a mechanism for enforcement. 10. Support higher education in the form of forensic science graduate programs, to include scholarships and fellowships. 11. Improve the medico-legal death investigation system. 12. Support Automated Fingerprint Information Systems (AFIS) interoperability through the development of standards. 13. Support the use of forensic science in homeland security.

TOLEDO, 2017). Os órgãos oficiais de análise forense brasileiros não têm a obrigação de obter a certificação.

Apesar disso, em 2013, representantes do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal (INC/DPF) procuraram o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), demonstrando interesse em acreditar alguns dos seus laboratórios, mas, para isso, o Inmetro precisava estruturar um programa de acreditação de laboratórios forenses na área criminal¹³. A partir disso, foi criado um Grupo de Trabalho Forense para estruturar o Programa de Acreditação, que desenvolveu o projeto piloto NIT-DICLA-075, cujo objetivo é definir as aplicações da ABNT NBR ISO/IEC 17025¹⁴ para Laboratórios de Criminalística. Esse projeto abarca desde os ensaios a serem realizados, a forma de processamento, passando pela regulamentação da cadeia de custódia.

Em 2018 os laboratórios de Química de Genética Forense do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal receberam a acreditação ABNT NBR ISO/IEC 17025¹⁵, com uma revisão em 2020 e que, segundo as informações encontradas, ainda está ativa¹⁶. É importante reconhecer a importância de uma padronização a partir de regras compartilhadas internacionalmente, buscando uma melhor adequação aos parâmetros de referência e o fortalecimento da perícia. Portanto, a acreditação dos laboratórios da Polícia Federal é uma iniciativa extremamente necessária e que deve ser enfatizada, na medida em que eleva a qualidade da perícia brasileira aos padrões internacionais de acreditação, servindo como exemplo para que outros laboratórios também busquem por esses parâmetros. É um mecanismo que, além de elevar a qualidade do trabalho pericial, reduz a possibilidade de ocorrência de erros, entregando uma prova de maior qualidade para a sociedade e para o sistema de justiça.

¹³ Disponível em: <http://lilith.fisica.ufmg.br/wmcf2/2017-apr_TelmaRNascimento.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2022

¹⁴ Norma ABNT ISO/IEC 17025 - Requisitos Gerais para Competência de Laboratórios de Ensaio e Calibração.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/laboratorios/rble/docs/CRL1392.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2022

¹⁶ Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/laboratorios/rble/detalhe_laboratorio.asp?nom_apelido=POLICIA+FEDERAL%2FINC#>. Acesso em: 6 nov. 2022

O que se percebe, portanto, são iniciativas que buscam aprimorar a idoneidade da prova pericial, notadamente diante da sua importância no processo penal. A partir do estudo dos erros forenses, é possível identificá-los e tentar reduzi-los, num esforço direcionado pelo respeito aos direitos humanos. A partir da identificação das limitações da técnica, é possível questioná-la, propiciando uma maior efetividade aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à prova lícita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem muitos relatos na literatura de erros na análise decorrentes de investigações científicas que levaram a condenações injustas (GARRETT; NEUFELD, 2009; D. FREE, JR.; RUESINK, 2016; KARAFFA; PAGE; KOCH, 2017; ZAPF; DROR, 2017). Não resta dúvida sobre a utilidade das ciências em ajudar a desvendar as características de um crime. Entretanto, os fundamentos usados para apoiar essas investigações não podem estar embasadas em dados não confiáveis e desprovidos de metodologia conhecida (MNOOKIN, 2018; REID, 2018). Isso pode levar a alegações equivocadas e, principalmente, a condenações de inocentes.

A transparência, a imparcialidade e, principalmente, a lealdade à técnica devem conduzir a análise forense, apresentando um laudo que seja coerente, claro, preciso e compreensível (EDMOND et al., 2016). Se conduzida em desconformidade com as metodologias estabelecidas e com os padrões de qualidade recomendados, a perícia criminal pode ser uma fonte autorizada de injustiças. Por isso, os métodos usados na ciência forense há muito tempo vêm sofrendo críticas acadêmicas e científicas, as quais podem colocar em xeque a credibilidade do conteúdo dos laudos e, principalmente, a própria estrutura do sistema pericial no mundo jurídico (ROBERTS, 2015; ROBERTS; STOCKDALE, 2018). Para os mesmos temas, existem abordagens diversas e pouco validadas (ROUX et al., 2015; MNOOKIN, 2018).

Portanto, a comunidade científica deve refletir, discutir e prezar por mais rigor na ciência forense. A comunicação dos resultados deve ser clara, de modo a integrar ciência, justiça e sociedade de maneira harmônica (HOWES, 2015; STERN, 2017; BELL et al., 2018). O que se espera é que

a evidência forense colabore e ofereça um conhecimento mais correto acerca da realidade fática, afastando ao máximo a subjetividade inerente a outros meios de prova, como o testemunho. Exatamente por isso é que a prova pericial deve ser cuidadosamente produzida e gerenciada.

Entende-se que o artigo atingiu o seu objetivo, trazendo à tona como compreensão e a mitigação dos erros forenses pode auxiliar na garantia dos direitos ao contraditório, à ampla defesa e à prova lícita, demonstrando a clara necessidade de um sistema de controles que perpassa desde os protocolos internos de laboratório, até a estrutura organizacional da perícia. Não se buscava esgotar o assunto, mas trazer à tona elementos que auxiliem para o aprimoramento da perícia e da prova oferecida ao sistema criminal. O compartilhamento das experiências de análises de casos é de extrema importância para detectar pontos fracos, propor melhorias e promover discussões sobre as informações produzidas a partir de uma avaliação científica de casos criminais (TONRY, 2015; BILLIS, 2017), garantindo o respeito aos direitos humanos e à principiologia processual penal.

REFERÊNCIAS

- AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- BELL, Suzane; SAH, Sunita; ALBRIGHT, Thomas D.; GATES JR, S. James; DENTON, M. Bonner; CASADEVALL, Arturo. A call for more science in forensic science. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 115, n. 18, p. 4541–4544, 2018. <https://doi.org/10.1073/pnas.1712161115>
- BILLIS, Emmanouil. On the methodology of comparative criminal law research. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 24, n. 6, p. 864–881, 2017. <https://doi.org/10.1177/1023263x17745795>
- BORDIN, Dayanne Cristiane; MESSIAS, Marcos; LANARO, Rafael; CAZENAVE, Silvia Oliveira Santos; COSTA, José Luiz. Análise forense: pesquisa de drogas vegetais interferentes de testes colorimétricos para identificação dos canabinoides da maconha (*Cannabis Sativa* L.). *Química Nova*, v. 35, n. 10, p. 2040–2043, 2012. <https://doi.org/10.1590/S0100-40422012001000025>
- BRACH, Raymond M.; DUNN, Patrick F. *Uncertainty Analysis for Forensic Science*. 2. ed. Tucson: Lawyers & Judges Publishing Company, 2009.

CHRISTENSEN, Angi M.; Crowder, Christian M.; OUSLEY, Stephen D.; HOUCK, Max M. Error and its Meaning in Forensic Science. *Journal of Forensic Sciences*, v. 59, n. 1, p. 123–126, 2014. <https://doi.org/10.1111/1556-4029.12275>

CLARKE, Ronald V. Technology, Criminology and Crime Science. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 10, p. 55–63, 2004.

COCKBAIN, Eleanor; LAYCOCK, Gloria. Crime Science. In: PONTEL, Henry (ed.). *The Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2017.

CONCEIÇÃO, Vitor N.; SOUZA, Lindamara M.; MERLO, Bianca B.; FILGUEIRAS, Paulo R.; POPPI, Ronei J.; ROMÃO, Wanderson. Estudo do teste de Scott via técnicas espectroscópicas: um método alternativo para diferenciar cloridrato de cocaína e seus adulterantes. *Química Nova*, v. 37, n. 9, p. 1538–1544, 2014. <https://doi.org/10.5935/0100-4042.20140240>

COOPER, Glinda S.; METERKO, Vanessa. Cognitive Bias Research in Forensic Science: A Systematic Review. *Forensic Science International*, v. 297, p. 35–46, 2019. <https://doi.org/10.1036/1097-8542.yb120321>

CRESSEY, Daniel. Forensic investigation needs more science. *Nature*, 2012. <https://doi.org/10.1038/nature.2012.11271>

CRISPINO, Frank; WEYERMANN, Céline; DELÉMONT, Olivier; ROUX, Claude; RIBAUX, Olivier. Towards another paradigm for forensic science? *Wires Forensic Science*, v. 4, n. 3, p. 1–15, 2022. <https://doi.org/10.1002/wfs2.1441>

CRISPINO, Frank. Nature and place of crime scene management within forensic sciences. *Science and Justice*, v. 48, n. 1, p. 24–28, 2008. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2007.09.009>

D. FREE, JR., Marvin; RUESINK, Mitch. Flawed justice: A study of wrongly convicted African American women. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, v. 16, n. 4, p. 333-347, 2016. <https://doi.org/10.1080/15377938.2015.1015199>

DE ANDRADE, Ana Flávia Belchior; SALUM, Livia Barros; FERRARI JÚNIOR, Ettore. Forensic laboratory backlog: The impact of inconclusive results of marijuana analysis and the implication on analytical routine. *Science and Justice*, v. 61, n. 6, p. 755–760, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2021.09.005>

DE MENDONÇA, Andrey Borges. The Criminal Justice System in Brazil: a brief account. *Resource Material Series*, n. 92, p. 63–70, 2014.

DE JONG, Mats; FLOREA, Anca; ELIAERTS, Joy; DURME, Filip Van; SAMYN, Nele; DE WAEL, Karolien. Tackling Poor Specificity of Cocaine Color Tests by

Electrochemical Strategies. *Analytical Chemistry*, v. 90, n. 11, p. 6811–6819, 2018. <https://doi.org/10.1021/acs.analchem.8b00876>

DROR, Itiel; CHARLTON, David. Why Experts Make Errors. *Journal of Forensic Identification*, v. 56, n. 4, p. 600–616, 2006.

DROR, Itiel E; SCURICH, Nicholas. (Mis)use of scientific measurements in forensic science. *Forensic Science International: Synergy*. v. 2, p. 333-338, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.fsisy.2020.08.006>

DROR, Itiel E. Human expert performance in forensic decision making: Seven different sources of bias. *Australian Journal of Forensic Sciences*, v. 49, p. 541–547, 2017. <https://doi.org/10.1080/00450618.2017.1281348>

DU, Mingxiao. Analysis of errors in forensic science. *Journal of Forensic Science and Medicine*, v. 3, n. 3, p. 139-143, 2017. https://doi.org/10.4103/jfsm.jfsm_8_17

EDMOND, Gary; TANGEN, Jason; SEARSTON, Rachel A.; DROR, Itiel E. Contextuais bias and cross-contamination in the forensic sciences: the corrosive implications for investigations, plea bargains, trials and appeals. *Law, Probability and Risk*, v. 14, n. 1, p. 1–25, 2015. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgu018>

EDMOND, Gary; FOUND, Bryan; MARTIRE, Kristy; BALLANTYNE, Kaye; HAMER, David; SEARSTON, Rachel. Model forensic science. *Australian Journal of Forensic Sciences*, v. 48, n. 5, p. 496–537, 2016. <https://doi.org/10.1080/00450618.2015.1128969>

ELIAERTS, J.; MEERT, N.; VAN DURME, F.; DARDENNE, P.; CHARLES, S.; DE WAEL, K; SAMYN, N. Challenges for cocaine detection in smuggling samples. *Forensic Science International*, v. 319, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2020.110534>

ENFSI. *Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe (STEOFRAE)*. Disponível em: <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

ESSEIVA, Pierre; IOSET, Sylvain; ANGLADA, Frédéric; GASTÉ, Laëtitia; RIBAU, Olivier; MARGOT, Pierre; GALLUSSER, Alain; BIEDERMANN, Alex; SPECHT, Yves; OTTINGER, Edmond. Forensic drug Intelligence: An important tool in law enforcement. *Forensic Science International*, v. 167, n. 2–3, p. 247–254, 2007. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2006.06.032>

FONSECA, David S. Expansion, standardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil. *Punishment and Society*, v. 20, n. 3, p. 329–350, 2018. <https://doi.org/10.1177/1462474517694504>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

FRANCK, Harold; FRANCK, Darren. *Ethical Standards in Forensic Science*. Boca Raton, London, New York: CRC Press, 2020.

FUCCI, Nadia; DE GIOVANNI, Nadia. False-positive cannabis results in Italian workplace drug testing. *Drug Test Analysis*, v. 4, n. 2, p. 71–73, 2012. <https://doi.org/10.1002/dta.404>

GARRET, Brandon L. *Convicting the Innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GARRETT, Brandon. *Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensics*. 1. ed. Oakland, CA: University of California Press, 2021.

GARRETT, Brandon L.; GARDNER, Brett O.; MURPHY, Evan; GRIMES, Patrick. Judges and forensic science education: A national survey. *Forensic Science International*, v. 321, p. 110714, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110714>

GARRETT, Brandon L.; FABRICANT, Chris M. The Myth of the Reliability Test. *Fordham Law Review*, v. 86, p. 1559-1599, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6587&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 16 mai. 2023

GARRETT, Brandon L.; NEUFELD, Peter J. Invalid forensic science testimony and wrongful conviction. *Virginia Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1–97, 2009. Disponível em: <<https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/1-2.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2023

GEORGIU, N.; MORGAN, R. M.; FRENCH, J. C. Conceptualising, evaluating and communicating uncertainty in forensic science: Identifying commonly used tools through an interdisciplinary configurative review. *Science and Justice*, v. 60, n. 4, p. 313–336, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2020.04.002>

GIACOMOLLI, Nereu José; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova na Lei nº 13.964/2019. *Duc in Altum* Cadernos de Direito, v. 12, n. 27, p. 67-100, 2020.

GIANELLI, Paul C. Wrongful convictions and Forensic Science: the need to regulate crime labs. *North Carolina Law Review*, v. 86, p. 164–235, 2008.

GIANNELLI, Paul C. Forensic science: Daubert's failure. *Case Western Reserve Law Review*, v. 59, p. 1–64, 2017.

GIANNELLI, Paul C. Junk Science: The Criminal Cases. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 84, n. 1, p. 105–128, 1993.

GOMES, Abel Fernandes; CHAZAN, Eduardo Leite; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara; ANTUNES, Rita de Cássia Alves; REGO, Roberta da Silva Dumas. Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law tradition – análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. *Revista da SJRJ*, v. 22, p. 17–33, 2008.

GONÇALVES, Alana; DISSENHA, Rui Carlo. Proof beyond a reasonable doubt: um estudo da adaptação brasileira como risco potencial às garantias processuais. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 7, p. 1-16, 2021.

GROWNS, Bethany; KUKUCKA, Jeff. The prevalence effect in fingerprint identification: Match and non-match base-rates impact misses and false alarms. *Applied Cognitive Psychology*, v. 35, n. 3, p. 751-760, 2021. <https://doi.org/10.1002/acp.3800>

GUNN, John; MEVIS, Paul. Adversarial Versus Inquisitorial Systems of Trial and Investigation in Criminal Procedure. In: GOETHALS, Kris (ed.). *Forensic Psychiatry and Psychology in Europe*. 1. ed. Antwerp: Springer International Publishing, 2018. p. 3–17.

HAACK, Susan. Irreconcilable differences: the troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 7, n. 1, p. 1–23, 2009.

HERDY, Rachel. Pode-se afirmar categoricamente que a bala partiu de uma arma em particular? *Consultor Jurídico - Coluna Limite Penal*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-11/limite-penal-ciencia-armas-fogo>>, Acesso em: 5 nov. 2022.

HERDY, Rachel.; DIAS, Juliana Melo. Devemos admitir provas periciais de baixa fiabilidade epistêmica? *Consultor Jurídico - Coluna Limite Penal*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/limite-penal-devemos-admitir-provas-periciais-baixa-fiabilidade-epistemica>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

HOWES, Loene M. The communication of forensic science in the criminal justice system: A review of theory and proposed directions for research. *Science & Justice*, v. 55, n. 2, p. 145–154, 2015. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2014.11.002>

IMWINKELRIED, Edward J. The admissibility of scientific evidence: exploring the significance of the distinction between foundational validity and validity as applied. *Syracuse Law Review*, v. 70, p. 817–849, 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Innocence Project chega ao Brasil por meio de parceria com o IDDD*. Disponível em: <<https://iddd.org.br/innocence-project-chega-ao-brasil-por-meio-de-parceria-com-o-iddd/>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

KAPLAN, Jacob; LING, Shichun; CUELLAR, Maria. Public beliefs about the accuracy and importance of forensic evidence in the United States. *Science & Justice*, v. 60, n. 3, p. 263–272, 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3448526>

KARAFFA, Kerry M.; PAGE, Jaimie; KOCH, Julie M. Compensating the Innocent: Perceptions of Exonerees' Deservingness to Receive Financial Compensation for Wrongful Convictions. *Criminal Justice Policy Review*, v. 28, n. 7, p. 710–732, 2017. <https://doi.org/10.1177/0887403415607049>

KOCH, Daniel Buhatem; TANDALO, Marina Frota; SILVA, Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker. Nulidades da prova pericial pela inobservância de procedimentos técnico-científicos. *Ponto de Vista Jurídico*, v. 5, n. 2, p. 102–113, 2016. <https://doi.org/10.33362/juridico.v5i2.1067>

KOEHLER, Jonathan J. FORENSICS OR FAUXRENSICS? Ascertaining Accuracy in the Forensic Sciences. *Arizona State Law Journal*, v. 49, n. 4, p. 1369–1416, 2017.

KOEHLER, Jonathan J. Intuitive error rate estimates for the forensic sciences. *Jurimetrics Journal*, v. 57, p. 1–16, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2817443>

KOPPL, Roger. How to improve forensic science. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, n. 3, p. 255–286, 2005. <https://doi.org/10.1007/s10657-005-4196-6>

KOPPL, Roger. Organization economics explains many forensic science errors. *Journal of Institutional Economics*, v. 6, n. 1, p. 71–81, 2010. <https://doi.org/10.1017/s1744137409990245>

LII: LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/fre>>. Acesso em: 4 ago. 2021.

MARTIRE, Kristy A.; BALLANTYNE, Kaye N.; BALI, Agnes; EDMOND, Gary; KEMP, Richard I.; FOUND, Bryan. Forensic science evidence: Naive estimates of false positive error rates and reliability. *Forensic Science International*, v. 302, p. 109887, 2019. <http://dx.doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.109877>

MEDEIROS, Flavia. *Políticas de perícia criminal na garantia dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://memoriasdaditadura.org.br/memorias/wp-content/uploads/2020/07/FES_Analise_Impunidade_.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2022.

MIRZA, Flávio. Prova pericial e conhecimento científico: breves notas. *Boletim IBCCRIM*, v. 279, p. 10-11, 2016.

MNOOKIN, Jennifer L. The Uncertain Future of Forensic Science. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 147, n. 4, p. 99-118, 2018. https://doi.org/10.1162/daed_a_00523

MORELATO, Marie; BAECHLER, Simon; RIBAUUX, Oliver; BEAVIS, Alison; TAHTOUH, Mark; KIRKBRIDE, Paul; ROUX, Claude; MARGOT, Pierre. Forensic intelligence framework-Part I: Induction of a transversal model by comparing illicit drugs and false identity documents monitoring. *Forensic Science International*, v. 236, p. 181-190, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2013.12.045>

MORGAN, Ruth. Forensic science: interdisciplinary, emerging, contested. In: DAVIES, Jason P.; PACHLER, Norbert. (eds.). *Teaching and Learning in Higher Education: Perspectives from UCL*. 1. ed. London (UK): UCL Institute of Education Press, 2018, p. 235-240.

MORGAN, Ruth M. Forensic science. The importance of identity in theory and practice. *Forensic Science International: Synergy*, v. 1, p. 239-242, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2019.09.00>

MORIN, Edgard. *Ciência com consciência*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MOZAYANI, Ashraf; NOZIGLIA, Carla. *The Forensic Laboratory Handbook*. 1. ed. New Jersey: Humana Press, 2006.

MURRIE, Daniel C.; GARDNER, Brett O.; KELLEY, Sharon; DROR, Itiel E. Perceptions and estimates of error rates in forensic science: A survey of forensic analysts. *Forensic Science International*, v. 302, p. 109887, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.109887>

NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES. *Strengthening forensic science in the United States: A path forward*. National Academies Press, 2009. Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

PALMA, Andrea Galhardo. Breve análise comparativa dos modelos devaloração e constatação da prova penal –standards probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália: crítica à regra beyond any reasonable doubt ou oltre ragionevole dubbio (além da dúvida razoável). São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/iv%201.pdf?d=636680453445105256>>. Acesso em: 6 nov. 2022.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRESIDENT’S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY (PCAST). *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*. Washington, DC: Washington, DC Office of Science and Technology Policy, 2016. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_forensic_science_report_final.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

REID, Melanie. A CSI Story: The Past, Present, and Future of Crime Scene Collection and What Litigators Need to Know. *Wake Forest Journal of Law & Policy*, v. 8, n. 2, p. 409–454, 2018.

RIBAUX, Olivier; CRISPINO, Frank; ROUX, Claude. Forensic intelligence: deregulation or return to the roots of forensic science? *Australian Journal of Forensic Sciences*, v. 47, n. 1, p. 61–71, 2014. <https://doi.org/10.1080/00450618.2014.906656>

ROBERTS, Paul. Paradigms of forensic science and legal process: A critical diagnosis. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 370, n. 1674, 2015. <https://doi.org/10.1098/rstb.2014.0256>

ROBERTS, Paul; STOCKDALE, Michael. Introduction: forensic science, evidential reliability and institutional reform. <https://doi.org/10.4337/9781788111034.00007> In: ROBERTS, Paul; STOCKDALE, Michael. (eds.). *Forensic science evidence and expert witness testimony*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limitade, 2018. p. 1–26.

RODRIGUES, Caio Henrique Pinke; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja; MARIOTTO, Livia Salviano; CASTRO, Jade Simões; MASCARELLI, Marina Enriquetto; VELHO, Jesus Antonio; BRUNI, Aline Thais. Ciência Forense ou Ciências Forenses? Uma análise conceitual. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 12, 2022. <https://doi.org/10.33448/rsd-v11i12.34215>

RODRIGUES, Claudio Vilela; DA SILVA, Márcia Terra; TRUZZI, Oswaldo Mário Serra. Perícia criminal: uma abordagem de serviços. *Gestão & Produção*, v. 17, n. 4, p. 843–857, 2012. <https://doi.org/10.1590/s0104-530x2010000400016>

RODRIGUES, Claudio Vilela; DE TOLEDO, José Carlos. Um método para medição de desempenho do serviço público de Perícia Criminal com base no valor. *Gestão & Produção*, v. 24, n. 3, p. 538–556, 2017. <https://doi.org/10.1590/0104-530x2137-16>

ROUX, Claude; TALBOT-WRIGHT, Benjamin; ROBERTSON, James; CRISPINO, Frank; RIBAUX, Olivier. The end of the (forensic science) world as we know it? The example of trace evidence. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 370, n. 1674, p. 20140260, 2015. <https://doi.org/10.1098/rstb.2014.0260>

ROUX, Claude; BUCHT, Rebecca; CRISPINO, Frank; DE FOREST, Peter; LENNARD, Chris; MARGOT, Pierre; MIRANDA, Michelle, D; NICDAEID, Niamh; RIBAUX, Olivier; ROSS, Alastair; WILLIS, Sheila. The Sydney Declaration – Revisiting the Essence of Forensic Science through its Fundamental Principles. *Forensic Science International*, v. 332, p. 111182, 2022. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2022.111182>

ROUX, Claude; CRISPINO, Franl; RIBAUX, Olivier. From Forensics to Forensic Science. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 24, n. 1, p. 7–24, 2012. <https://doi.org/10.1080/10345329.2012.12035941>

SANDERS, Joseph. Science, law, and the expert witness. *Law and Contemporary Problems*, v. 72, n. 63, p. 62–90, 2009.

SANGER, Robert M. A Scientific Approach to Scientific Evidence: A Four-Stage Rule for Admissibility and Scope. *Utilizing Forensic Science in Criminal Cases*, 2014. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2706986>

SANGER, Robert M. Forensics: educating the lawyers. *Journal of the Legal Profession*, v. 43, n. 2, p. 1–28, 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3303376>

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2013. <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Diagnostico-da-pericia-criminal-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022

SERVICK, Kelly. Reversing the legacy of junk science in the courtroom. *Science*, AAAS, 2016. <https://doi.org/10.1126/science.aaf4158> Disponível em: < <https://www.science.org/content/article/reversing-legacy-junk-science-courtroom> > Acesso em: 16 mai. 2023

SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, n. 9, p. 11–30, 2018.

SOUSA FILHO, Ademar Borges. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>

STERN, Hal S. Statistical Issues in Forensic Science. *Annual Review of Statistics and Its Applications*, v. 4, p. 225-244, 2017. <https://doi.org/10.1146/annurev-statis041715-033554>

SWOFFORD, Henry; CHAMPOD, Christophe. Probabilistic reporting and algorithms in forensic science: Stakeholder perspectives within the American criminal justice system. *Forensic Science International: Synergy*, v. 4, p. 100220, 2022. <https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2022.100220>

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TONRY, Michael. Is cross-national and comparative research on the criminal justice system useful? *European Journal of Criminology*, v. 12, n. 4, p. 505–516, 2015. <https://doi.org/10.1177/1477370815581699>

VÁZQUEZ, Carmen. *Prova Pericial: Da Prova Científica à Prova Pericial*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

WINBURN, Allysha Powanda; CLEMMONS, Chaunesey M. J. Objectivity is a myth that harms the practice and diversity of forensic science. *Forensic Science International: Synergy*, v. 3, p. 100196, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2021.100196>

ZAPF, Patricia A.; DROR, Itiel E. Understanding and Mitigating Bias in Forensic Evaluation: Lessons from Forensic Science. *International Journal of Forensic Mental Health*, v. 16, n. 3, p. 227-238, 2017. <https://doi.org/10.1080/14999013.2017.1317302>

Authorship information

Maria Eduarda Azambuja Amaral. Bolsista de Pós-Doutorado Júnior (CNPq) no Departamento de Química da FFCLRP/USP. Doutora em Ciências Criminais (PUCRS). Advogada. mariaeduardaamaral@usp.br ou amaralmea@gmail.com

Aline Thaís Bruni. Professora no Departamento de Química da FFCLRP/USP. Doutora em Ciências pela Universidade de Campinas, com Pós-doutorado em Biofísica (IBLCE/UNESP) e Química Teórica (IQSC/USP). Bacharela em Direito (UNIP). aline.bruni@usp.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Apoio e Financiamento: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq, projeto 465450 / 2014-8 - INCT Ciências Forenses, bolsa 105997/2022-6).

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Maria Eduarda Azambuja Amaral:* conceptualization, methodology, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Aline Tháís Bruni:* conceptualization, investigation, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 15/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 25/03/2023
- Review 1: 22/04/2023
- Review 2: 22/04/2023
- Review 3: 05/05/2023
- Preliminary editorial decision: 12/05/2023
- Correction round return: 16/05/2023
- Final editorial decision: 11/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

AZAMBUJA AMARAL, Maria Eduarda; BRUNI, Aline Thaís. Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 9, n. 2, p. 877-912, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.819>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A complexidade da significação probatória: problemas, dimensões e conteúdo da intencionalidade da prova penal


*The complexity of probatory signification: problems, dimensions,
and content of the intentionality of the criminal proof*


Eliomar da Silva Pereira¹

Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

eliomar.esp@outlook.com

 <http://lattes.cnpq.br/9833903206987713>

 <https://orcid.org/0000-0001-7792-7654>

RESUMO: O que queremos dizer com a asserção “está provado que”? O argumento principal deste artigo é que se trata de um problema de significação probatória, cuja devida compreensão passa pelo conceito central de intencionalidade, acerca do qual encontramos muitos problemas, precisamos distinguir dimensões semióticas e especificar uma constelação de noções lógicas. O objetivo deste artigo consiste em discutir essas questões, com base em uma abordagem que mobiliza argumentos da filosofia da mente e da linguagem, especialmente encontrados nas teorias de J. R. Searle. Ao final, esperamos tornar claro que a significação probatória, embora pressuponha uma mente e se encontre em linguagem processual, consiste em uma específica intencionalidade intermediária, que se pode beneficiar teoricamente das duas bases conceituais, e assim tornar evidente tudo que se supõe na asserção “está provado que”.

PALAVRAS-CHAVE: significação; intencionalidade; semiótica; prova.

¹ Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa) com pós-doutorado em Filosofia (Universidade de Brasília – Departamento de Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, no âmbito do qual esse artigo foi escrito).

ABSTRACT: *What do we mean by the assertion “it is proved that”? The main argument of this article is that it is a problem of probative significance, whose proper understanding goes through the central concept of intentionality, about which we found many problems, we need to distinguish semiotic dimensions and specify a constellation of logical notions. The purpose of this article is to discuss these issues, based on an approach that mobilizes arguments from the philosophy of mind and language, especially found in the theories of J. R. Searle. In the end, we hope to make it clear that the evidential meaning, although it presupposes a mind and is found in procedural language, consists of a specific intermediate intentionality, which can theoretically benefit from the two conceptual bases, and thus make evident everything that is assumed in the assertion “it is proven that”.*

KEYWORDS: *signification; intentionality; semiotics; proof.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A intencionalidade: mente, prova e atos de fala; 2. Intenções de significação; 3. A tridimensionalidade semiótica; 4. A significação probatória: um modelo analítico; Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

O que queremos dizer com “está provado que” (*pq*)? Essa asserção, que tem começado a preocupar juristas em relação à prova dos fatos jurídicos em geral², e mais especificamente aos fatos jurídicos definidos como crime, há muito tempo preocupa filósofos³. Nós a podemos encontrar em sentenças penais, bem como em uma variedade de outros

² Jordi Ferrer Beltran se propõe enfrentar o problema de enunciados desse tipo, dividindo-o em questão de força e questão de sentido, para os quais tendemos a considerar com questões de referência e significado no problema geral da significação probatória (BELTRAN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo, RT, 2017, p. 21)

³ Richard Fumerton inicia sua discussão filosófica, dando-nos um problema real que ajude o leitor a entender de que trata a epistemologia: “Você está num júri. Sua tarefa é decidir se as *provas* mostram de fato que não pode haver dúvida racional de que Jones tenha matado sua esposa” (FUMERTON, R.. *Epistemologia*. Petrópolis, Vozes, 2014, p. 9)

atos processuais, a exemplo de relatórios de inquéritos, laudos periciais, denúncias de acusação e até mesmo em depoimentos de testemunhas. Todos, ainda que com sentenças linguísticas muito diferentes, querem dizer “X prova que Y” ($XpqY$)⁴. Cada um ao seu modo, de forma mais direta ou menos incisiva, pode conter na sua proposição central isso que interessa a todo o processo penal, saber se “está provado que” alguém cometeu um crime. Mas também as mídias sociais o dizem, ainda que apenas o sugiram quando são mais cautelosas, embora na audiência pública não se siga igual cautela ao reproduzirem as reportagens.

Apesar de nem sempre a questão “está provado que” ocupar o ponto central das decisões jurídicas – sobretudo em tribunais superiores, porque a questão de fato não é rediscutida em grau de recurso, em razão da organização do sistema jurídico, ou simplesmente porque não é levada a sério nos casos de competência originária, em razão da inexistência de um grau de recurso que as possa auditar – trata-se de uma questão prejudicial, sem a qual toda a discussão jurídica se faz apenas por abstração racional dos pensamentos. O jurista bem o sabe, afinal antes que qualquer norma penal possa ser interpretada e aplicada, supõe-se que exista algum acordo acerca dos fatos a que se refere e destina⁵. Mas entre fato e norma, interpõe-se essa questão, embora não devidamente enfatizada, que assume a base de sustentação das decisões judiciais. É, insuperavelmente, o problema central do processo penal, pelo menos nos modelos de jurisdição que assumem o postulado do cognitivismo processual⁶. Ao jurista, portanto, deve interessar entender o que se quer dizer com “está provado que”, afinal é uma questão que concerne à lógica dos raciocínios probatórios, ainda que não venha explícita na motivação de sentenças judiciais, pois se supõe em qualquer sistema de valoração de provas.

⁴ Ao falarmos em *sentenças*, em sentido geral ou linguístico, pedimos ao leitor que a considere como formas possíveis de *enunciados* que contêm uma mesma *proposição*, a exemplo dessa que nos interessa: “X prova que Y” ($XpqY$). Se estivermos falando de um específico enunciado processual, diremos *sentença penal*, *sentença judicial* ou *sentença em julgamento*.

⁵ FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 18-23.

⁶ FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 8.

Inicialmente, é certo, a considerar que encontramos tais asserções em forma escrita no processo, podemos discutir a questão em termos linguísticos para perguntar o que significam enunciados do tipo “está provado que” (e de fato muitas categorias teóricas da análise linguística nos podem auxiliar na discussão), mas uma primeira tentativa de resposta – que remeta à necessária alusão ao fato de que há provas acerca do objeto do processo – logo nos deve reconduzir ao nível primário dos signos em que se apoia a asserção linguística “está provado que”⁷. A juristas, portanto, embora desenvolvam toda a discussão probatória em sua linguagem natural, nos atos documentados do processo, interessa saber antes e sobretudo o que quer dizer quando afirmamos que um signo (não necessariamente linguístico) prova um crime, afinal as palavras não são prova do crime, são apenas prova de que alguns sujeitos processuais afirmam existir prova de crime, possivelmente acreditam nisso e certamente esperam dos demais interlocutores algumas atitudes similares. Mas isso quer dizer algo muito diferente do que quer dizer que algum sinal (coisa ou pessoa) seja prova de um crime.

O que quer, então, dizer tudo isso? Seja o que for, a resposta passa pelo problema geral da *significação* probatória, quando consideramos a discussão probatória em termos de linguagem, mas vamos argumentar que antes de qualquer linguagem intervir, temos uma instância anterior de intencionalidade nos eventos mentais, que serve inclusive para uma melhor compreensão dos problemas típicos da linguagem probatória⁸. A proposta, portanto, que vamos desenvolver neste ensaio, assume “o significado

⁷ Ao falarmos de *signos*, pedimos ao leitor que assim considere quaisquer sinais assumidos como prova, em atos e discussões processuais. Assim o fazemos com base em concepção que se encontra na semiótica peirceana (PEIRCE, C. S. *Semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2017), segundo a qual tudo se pode compreender como signo, sempre que temos sinais (coisas ou pessoas) interpretados em referência a um objeto (o crime).

⁸ Essa é uma abordagem possível, como o admite Luiz Henrique de Araújo Dutra: “O caráter intencional dos eventos mentais – hoje um ponto pacífico na filosofia da mente – tem sido um tema de discussão que ocasiona particularmente o recurso a certas teorias da linguagem” (DUTRA, L. H. A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. Florianópolis, Editora UFSC, 2017, p. 30)

como um tipo de intencionalidade”⁹, embora optemos por usar a palavra *significação*, segundo terminologia sugerida por L. H. Araújo Dutra, para quem o termo abrange tanto questões de *referência*, quanto de *significado*, além de questões de *sentido* nos casos em que se aplica¹⁰. Mas o usamos em sentido não restrito apenas a enunciados linguísticos sobre a prova, supondo que nos seja possível falar de *significação* de sinais do crime assumidos como signo probatório, nos casos em que a terminologia se possa aproveitar. Trata-se apenas de admitir o modelo de atos de fala para compreender a intencionalidade dos atos probatórios, assim como Searle o admite para compreender a intencionalidade dos estados mentais. Isso, contudo, não implica assumir que “a filosofia da linguagem é um ramo da filosofia da mente”¹¹, afinal, como adverte L. H. Araújo Dutra: “A intencionalidade é, de fato, um fenômeno emergente que pode acontecer em diversos contextos. Acontece no contexto da vida, da mente e também da sociedade e nas diversas inter-relações entre essas esferas emergentes”¹². E supomos que também aconteça na esfera da prova do crime como parte do que acontece na comunidade jurídica dos sujeitos processuais. A linguagem, nesse sentido, é apenas uma dessas esferas, na qual a intencionalidade emerge, mas antes ela se encontra na esfera da mente, assim como se vai encontrar em várias outras instituições sociais, a exemplo do processo penal onde temos uma pretensão probatória¹³.

O argumento principal deste ensaio, portanto, consiste em explicar a asserção “está provado que” como um problema de *significação* probatória, cuja natureza intencional nos exige entender o conceito central

⁹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 225.

¹⁰ DUTRA, L. H. A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. Florianópolis, Editora UFSC, 2017, p. 46.

¹¹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 224.

¹² DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021, p. 179-180)

¹³ A expressão “pretensão probatória”, que foi suscitada por um dos avaliadores deste artigo e aceita pelo autor, parece-nos representar bem o problema da intencionalidade, se tivermos em conta, além da pretensão processual de obtenção certa prova, a intenção material de obter certo resultado lógico da prova em relação ao crime. É nesse sentido que falaremos de postulação de uma função probatória.

de *intencionalidade*, com base em concepções que encontramos tanto na filosofia da mente, quanto na filosofia da linguagem, especialmente nas teorias de J. R. Searle, buscando evidenciar a específica intencionalidade probatória (Seção 1). Esperamos com base nesse conceito central poder avançar no entendimento de que o problema da significação probatória não se pode reduzir a uma questão semântica (Seção 2), pois o específico contexto processual penal nos exige reconhecer outras dimensões semióticas da prova, sobretudo a pragmática (Seção 3), mas ainda como uma perspectiva da intencionalidade probatória. Em complemento, buscamos detalhar o conteúdo dessa intencionalidade, segundo um modelo analítico composto de três relações (significado, referência e verdade) com que podemos entender a específica significação probatória (Seção 4). Com isso, ao final, esperamos tornar mais claro por que razões a significação probatória, como um problema de intencionalidade, é uma pretensão complexa que nos exige ter em conta muitas questões nem sempre postas em evidência na prática processual penal. O nosso objetivo, nesse sentido, é essencialmente teórico, porque busca explicar a significar probatória, com base em diálogo com a filosofia da mente e a filosofia da linguagem, em termos de intencionalidade, expondo seus principais problemas e como eles se podem apresentar no âmbito do interesse probatório em processo penal.

1. A INTENCIONALIDADE: MENTE, PROVA E ATOS DE FALA

Antes que qualquer linguagem probatória se possa apresentar aos sujeitos processuais – visando à comunicação por atos processuais, na discussão pelas partes em debates de instrução ou no proferimento da sentença em julgamento –, um sujeito qualquer se depara com os diversos sinais relativos ao crime acerca dos quais postula sua função probatória. E embora essa postulação probatória tenha que pressupor certas instituições, além de também relacionar-se com elas quando enunciadas, trata-se de uma questão de intencionalidade que originariamente ocorre no campo da mente dos sujeitos. Essa é uma afirmação trivial, sobretudo para quem de fato se dedica à atividade probatória no processo penal, mas até quem nunca se tenha empenhado nesse tipo de atividade pode entendê-la facilmente. Entretanto, esse é precisamente o modelo de que

precisamos para discutir a intencionalidade probatória que antecede ao problema da significação especificamente linguística, que desde os eventos mentais já assume aquilo que a linguagem probatória depois pretende discutir no processo penal. Isso quer dizer, portanto, que “o significado do falante deve ser inteiramente definível em termos de formas mais primitivas de Intencionalidade”, a requerer que falemos de formas de intencionalidade “não intrinsecamente linguísticas”, o que é não-trivial como ressalta J. R. Searle¹⁴.

É, portanto, do que vamos tratar nessa seção, visando a obter uma compreensão geral dessa intencionalidade que nos conduza depois ao seu tipo específico de significação. Uma noção com que podemos entender a intencionalidade é aquela de *representação*, com a qual podemos entender não apenas atos de fala, mas também signos em geral, a exemplo dos atos probatórios como temos argumentado. Essa noção nos coloca em conexão com uma das ideias fundamentais do signo que encontramos em C. S. Peirce, permitindo entender sua abrangência não puramente correspondencial, a considerar os diversos tipos que encontramos nas tricotomias peirceanas, tanto relativa ao objeto (ícone, índice, símbolo), quanto relativa ao interpretante (rema, dicente, argumento)¹⁵. A juristas penais, essa concepção abrangente se pode compreender facilmente, se tivermos em conta que a prova, assimilada como signo, pretende corresponder ao crime como objeto, embora nem sempre tenhamos correspondências icônicas do crime, como registros de câmaras ou interceptações telefônicas, mas apenas indícios de que o crime foi praticado por alguém. Por isso, precisamos de uma noção mais primária, em termos de *direcionalidade* e *relacionalidade*, com as quais poderemos entender melhor seu sentido abrangente de eventos que estão além dos signos, bem como antes deles na mente das pessoas, permitindo-nos entender especificamente a noção de intencionalidade probatória que nos interessa, segundo uma noção de *funcionalidade*¹⁶.

¹⁴ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 224.

¹⁵ PEIRCE, C. S. *Semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2017, p. 52.

¹⁶ Essas três concepções fundamentais (direcionalidade, relacionalidade e funcionalidade) se encontram, respectivamente em SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 1-6; DENNETT, D. C. *Tipos de Mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Rio de Janeiro, Rocco, 1997, p.

DIRECIONALIDADE, RELACIONALIDADE E FUNCIONALIDADE

J. R. Searle considera a intencionalidade inicialmente como uma *propriedade* da mente, seus estados e eventos mentais, pela qual estes são *direcionados* a objetos, eventos ou estados de coisas que se encontram no mundo¹⁷, a exemplo dos sinais que queremos usar como prova do crime. A ideia central é que, considerada como *direcionalidade*, a intencionalidade surge quando algum estado intencional da mente (E) está direcionado a algum objeto. Assim, para que possamos perceber se há algum estado intencional, Searle nos sugere que perguntemos: “A que se refere E?”. Dessa forma, podemos entender por que ansiedade e depressão são estados mentais não-intencionais, a menos que sejam direcionadas, mas estados como crença na função probatória de algum sinal são necessariamente intencionais, porque estão dirigidos a algum objeto. Nesse sentido, a noção de *relacionalidade* parece tornar a intencionalidade mais compreensível, porque “alguma coisa exibe intencionalidade se sua competência é de algum modo *sobre* alguma outra coisa”¹⁸. L. H. Araújo Dutra também considera essa noção central na intencionalidade, mas a amplia para uma *relacionalidade finalista*, que se pode compreender segundo uma

25-55; e DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021, p. 165-180.

¹⁷ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 1. L. H. Araújo Dutra, contudo, considera a intencionalidade como uma *realidade emergente*, não uma propriedade, podendo estar presente tanto em seres vivos, quanto nas mentes ou em realidades sociais como a linguagem. Trata-se de diferença sutil, mas que repercute o seu *emergentismo perspectivista* (DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021, p. 165-180; DUTRA, L. H. A. *A Escala Humana: emergentismo perspectivista nas humanidades*. Ribeirão Preto, Agrya, 2021; DUTRA, L. H. A. *Consciência e Racionalidade: esboço de uma filosofia da ação*. Ribeirão Preto, Agrya, 2021, p. 21-58; DUTRA, L. H. A. *Temíveis Tigres Invisíveis: ontologias das realidades abstratas e dos poderes naturais*. Ribeirão Preto (SP), Agrya, 2021, p. 9-31; DUTRA, L. H. A. *Autômatos Geniais: a mente como sistema emergente e perspectivista*. Brasília, Editora UnB, 2018, p. 145-222).

¹⁸ DENNETT, D. C. *Tipos de Mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Rio de Janeiro, Rocco, 1997, p. 39.

funcionalidade que envolve a noção de *perspectiva*¹⁹. Em estudos posteriores, Searle chegou a admitir isso, ao ressaltar que nossas experiências conscientes são sempre em perspectiva, o que nos permite entender que “*toda intencionalidade é aspectual*”, o que quer dizer que elas “são sempre a partir de um ponto de vista”²⁰. Nada mais esclarecedor para que possamos entender a intencionalidade da mente diante de um sinal qualquer que pode significar muitas coisas, mas que nos interessa segundo a direcionalidade, relacionalidade ou funcionalidade que intencionalmente lhe atribuímos como prova de um crime. É realmente o fato de colocarmos aquele sinal em perspectiva probatória, segundo uma intencionalidade da mente, que nos permite depois emitir atos de fala acerca desse sinal em enunciados assertivos sobre o crime²¹. A juristas penais, por exemplo, convém ter em mente que um fio de cabelo encontrado na cena de um crime somente é aceito como sinal do crime em razão dessa específica função probatória, mas poderia ser outro o caso, se estivéssemos falando de um adultério na mesma cena²².

A intencionalidade, assim considerada, não se confunde com a consciência, embora a maior parte desta, mas não toda, seja intencional²³, assim como não se confunde com a *intenção*²⁴. Afinal, a intenção – es-

¹⁹ DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021, p. 166; p. 168.

²⁰ SEARLE, J. R. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 188ss.

²¹ Aqui, assumimos desde já a taxionomia alternativa dos atos ilucutórios sustentada por J. R. Searle: *assertivos; diretivos; compromissivos; expressivos; declarativos* (SEARLE, J. R. *Expressão e Significado: estudos da teoria dos atos de fala*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, P. 19-31).

²² A respeito dessa questão, para uma melhor compreensão, sugerimos consultar PEREIRA, E. S. (2023). Homicídio, infidelidade e sujeira em quartos de hotel: problemas de significado probatório. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (4), 2023.

²³ SEARLE, J. R. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 188ss.

²⁴ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 4. A confusão está na língua, porque, enquanto no alemão há diferença entre *Absicht* (intenção) e *Intentionalität* (intencionalidade), no português, assim como no inglês parece sugerir alguma derivação (SEARLE, J. R. *Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real*, 2000, p. 83).

pecificamente como propósito – é apenas uma das formas possíveis de intencionalidade, a exemplo de outras como crenças e desejos, também estados intencionais sem necessidade de intenção. Uma intencionalidade probatória, portanto, pode conter, além da *intenção* de provar, uma *crença* de que algo prova e o *desejo* de que algo venha a provar, mas pode ter também um *receio* de que não venha a provar e, sobretudo, uma *dúvida* de que possa provar. No conjunto, intenção, crença, desejo, receio e dúvida, todos são estados intencionais possíveis, mas é próprio de todos serem estados direcionados, bem como relacionados a algo comum que é a prova, em função da qual os sinais são postos em perspectiva, no caso uma perspectiva especificamente jurídica direcionada a prova de crimes previstos na lei penal. Por isso, uma forma – apenas heurística, como o admite Searle – de podermos compreender melhor a relação que se estabelece entre os estados intencionais (crença, dúvida etc.) e os estados de coisas (sinais do crime, p. ex.) a que estão direcionados é recorrer aos modelos de atos de fala que, no caso de provas do crime, se vão apresentar sempre e inevitavelmente em algum momento do processo penal, o que justifica com mais razão assumir essa proposta.

○ MODELO DE INTENCIONALIDADE DOS ATOS DE FALA

J. R. Searle considera que nos é possível pensar a intencionalidade como representação, recorrendo ao modelo de ato de fala, porque “os estados intencionais representam objetos e estados de coisas no mesmo sentido de «representar» em que atos de fala representam”²⁵. Embora desconfiemos que essa comparação não se possa aplicar a todos os estados intencionais, parece-nos que o modelo tem alguma aplicação no caso das provas, a considerar o tipo de atos de fala assertivos com que podemos assimilar os estados intencionais probatórios. Mas isso não significa que aceitemos a ideia de intencionalidade derivada da linguagem em relação à intencionalidade intrínseca ou original²⁶. Ao aceitarmos o modelo de

²⁵ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 6.

²⁶ Embora essa discussão interfira diretamente na discussão que nos interessa, convém ao leitor ter em mente a crítica que faz Daniel C. Dennett, ao objetar que, se levarmos a sério a ideia de derivação, “toda intencionalidade que

ato de fala, não ignoramos que a linguagem emerge como instituição na esfera social da realidade, na qual há algo além da esfera mental, na intencionalidade linguística²⁷. Esta, no entanto, ainda nos aproveita ao entendimento da intencionalidade da mente, pelo menos nos casos em que há alguma aproximação similar como a intencionalidade probatória.

Dessa forma, assim como podemos fazer uma distinção entre *conteúdo proposicional* (p) e *força ilocucionária* (F) nos atos de fala, podemos distinguir nos estados mentais um *conteúdo representativo* (r) e um *modo psicológicos* (S), em que tanto o conteúdo proposicional quanto o representativo são *conteúdos intencionais*²⁸, a exemplo do que encontramos em casos de intencionalidade probatória. Assim, podemos ter duas fórmulas correspondentes – “*F(p)*” para os atos de fala e “*S(r)*” para os estados mentais –, as duas possíveis ao tratarmos de prova do crime como uma atitude proposicional, acerca da qual podemos falar tanto de *crenças*, como modo psicológico de estados mentais dos sujeitos processuais, quanto de *asserções*, como força ilocucionária de algum enunciado que se encontra documentado no processo penal. Mas se quisermos ser mais específicos a respeito da prova, podemos unificar a fórmula “*M(p)*”, em que temos um conteúdo intencional *probatório* (p) segundo um *modo* (M) psicológico ou locutório.

Assim como os atos de fala, também os estados intencionais admitem o que Searle chama de *diferentes direções de ajuste* da relação entre mundo e mente, que será responsável pela adequação entre estados ou atos e as coisas com que se relacionam. Há, nesse sentido, três possibilidades de ajuste: palavra-mundo, mundo-palavra ou casos nulos. Não nos vamos deter na comparação de todos, mas basta que tomemos o caso dos atos de fala assertivos, com base nos quais podemos entender os

desfrutamos é derivada da intencionalidade mais fundamental” de outros sistemas intencionais mais grosseiros, que se podem assimilar apenas como sistemas vitais, não necessariamente mentais (DENNETT, D. C. *Tipos de Mentes*: rumo a uma compreensão da consciência. Rio de Janeiro, Rocco, 1997, p. 51).

²⁷ Essa é a concepção que decorre do emergentismo perspectivista em que se baseia L. H. Araújo Dutra, para considerar a intencionalidade como realidade emergente de várias esferas, o que é muito diferente de falar em derivação como o faz Searle (DUTRA, L. H. A. *Consciência e Racionalidade*: esboço de uma filosofia da ação. Ribeirão Preto, Agrya, 2021, p. 180).

²⁸ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 9.

enunciados acerca de provas do crime, para dizer que esses atos exigem dos enunciados uma adequação ao mundo, ou seja um ajuste “palavra-mundo”, o que significa dizer que podem ser avaliados por sua verdade ou falsidade. Assim, se estivermos falando de crenças, estas assim como os enunciados podem ser igualmente verdadeiras ou falsas, contendo uma direção de ajuste “mente-mundo”. Mas basta que pensemos em um outro modo psicológico como o desejo de que a prova seja aceita, para entendermos que a direção de ajuste nesse caso é inversa, no sentido “mundo-mente”²⁹. Em qualquer caso, se estivermos falando de crime, sabemos que a verdade é importante para o caso em questão, fazendo parte necessariamente da intencionalidade probatória.

A comparação entre estados mentais e atos ilocucionários não ignora que na passagem de um para o outro “é sempre possível mentir” – admite Searle, assim como nos adverte Umberto Eco –, mas o estado intencional expressado se torna uma condição de sinceridade do ato de fala³⁰. Este, contudo, não fica dependente da sinceridade ou não do sujeito, afinal o enunciado posto em contexto de comunicação processual entre os demais sujeitos, ainda será avaliado segundo sua direção de ajuste palavra-mundo. Assim, se algum sujeito processual, mesmo não acreditando haver prova de um crime, ainda assim o enuncia, há um problema de ajuste tanto entre mente-mundo, quanto palavra-mundo, mas esta não depende da sinceridade do sujeito, cuja crença não satisfaz o ajuste mente-mundo. E isso nos encaminha à “noção de condições de satisfação”³¹, que se aplica tanto à crença quanto aos enunciados, tendo grande relevância ao tema da prova. É certo que essas condições de satisfação não se limitam a que existam os objetos de crença ou do enunciado, tendo em conta que os estados intencionais, assim como atos de fala podem ser de outro tipo como ordens que requerem ser obedecidas ou promessas que esperam ser cumpridas, mas no caso de provas de crime, essas condições dizem respeito a coisas que podem satisfazer o estado mental ou o enunciado. Em termos processuais penais, podemos facilmente entender que uma

²⁹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 10ss.

³⁰ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 13; ECO, U. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2014, p. 49.

³¹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 14.

prova exige como condição que exista algo a respeito do que se pensa e fala, mas para que o possamos qualificar como crime.

Consideradas assim as condições de satisfação, entende-se por que a noção de representação com que J. R. Searle tenta explicar a intencionalidade é, segundo o admite expressamente, “convenientemente vaga”, com o que ele pretende abranger nos casos de atos de fala “não só a referência, mas também a predicação e as condições de verdade ou de satisfação de maneira geral”, o que se pode encontrar tanto nos estados intencionais quanto nos seus respectivos modos psicológicos³². Em outros termos, ao considerar a intencionalidade como representação, Searle entende esta apenas como uma abreviação para o que chama de “constelação de noções lógicas”, na qual podemos abranger a crença não apenas como mera imagem, mas todo o arcabouço semiótico com que C. S Peirce discute suas tricotomias do signo, segundo o objeto (ícone, índice e símbolo) e segundo o interpretante (rema, dicente e argumento)³³. Assim, segundo essa concepção de Searle, se quisermos compreender a representação, a chave está nas “condições de satisfação”: “Todo estado intencional com uma direção de ajuste é uma representação de suas condições de satisfação”³⁴. E esse é precisamente o caso das provas de um crime, consideradas em sua intencionalidade, quer estejamos tratando de enunciados como atos de fala assertivos, quer estejamos tratando de crenças como estados mentais.

Há na intencionalidade probatória, portanto, muito mais que apenas uma referência ao objeto, como voltaremos a falar dessa “constelação de noções lógicas” suscitada por Searle, ao apresentarmos um modelo analítico detalhado (Seção 4), mas de imediato gostaríamos de ressaltar que tudo isso se encontra nessa noção de condições, cuja satisfação depende de antes de entendermos as intenções de significação probatória (Seção 2) segundo dimensões semióticas diversas (Seção 3).

³² SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 15.

³³ PEIRCE, C. S. *Semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2017 p. 52.

³⁴ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 18.

2. INTENÇÕES DE SIGNIFICAÇÃO PROBATÓRIA

A distinção entre intencionalidade intrínseca e intencionalidade derivada – apesar das objeções que lhe podemos fazer³⁵ – permite a Searle falar de significados que encontramos na linguagem, embora inicialmente ele considere que “significado” seja uma noção que literalmente apenas se aplica a atos de fala, não a estados intencionais. Mas a considerar que ele entende o significado como um tipo de intencionalidade, parece-lhe inevitável admitir o significado “em termos de formas de Intencionalidade não intrinsecamente linguísticas”³⁶, a exemplo do que encontramos em estados mentais e vamos encontrar também em atos probatórios. Mas nesse caso, parece-nos que o melhor seja falar de *significação* – e Searle também vai usar esse termo, como correspondente de conteúdo proposicional, que pode estar em crenças ou enunciados, reservando o termo significado apenas para falar de sentenças, quando estivermos falando de linguagem³⁷.

Isso nos é especialmente relevante à consideração da prova do crime, antes que possamos tratá-la em enunciados probatórios. Porque, no que nos interessa especificamente, podemos observar que entre a intencionalidade dos estados mentais e a intencionalidade dos atos de fala, a prova considerada como signo do crime se interpõe por meio de sinais autônomos com sua própria intencionalidade. Essa prova não é ainda posta em termos de ato de fala, mas também não se encontra limitada aos estados mentais; é um conjunto de signos que, ainda com mais razão, pode ser considerado segundo o modelo da linguagem natural. Afinal, não nos seria difícil imaginar uma linguagem artificial probatória, na qual certos sinais do crime estivessem convencionados como evidência positiva ou negativa acerca da autoria, permitindo a compreensão de seu significado probatório pela mera ostensão em audiência sem necessidade de recorrer a qualquer linguagem natural. Nesse sentido, poderíamos pensar em

³⁵ A respeito dessas objeções, veja-se a principal que lhe apresenta DENNETT, D. C. *Tipos de Mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Rio de Janeiro, Rocco, 1997, p. 51, já referida na nota 29.

³⁶ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 224.

³⁷ DUTRA, L. H. A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. Florianópolis, Editora UFSC, 2017, p. 46.

alguma linguagem artificial da prova, na qual estivessem sistematizadas as unidades de significação, suas relações e seus usos possíveis. Tudo isso, portanto, nos permite falar do que Searle chama de “estrutura das intenções de significação”³⁸, comum não apenas aos estados mentais e atos de fala, mas a quaisquer outros sinais que possamos assumir como signos, a exemplo do que fazemos com as provas do crime.

O ponto de unidade entre as intenções de significação (na mente e nos enunciados) está nas condições de satisfação. A considerar que, segundo Searle, impomos intencionalidade a nossas expressões, atribuindo-lhes intencionalmente determinadas condições de satisfação – embora seja importante distinguir entre “ter em mente” fazer um enunciado (por exemplo sobre prova) e fazer esse enunciado sobre prova –, podemos de fato concluir que, na realização de qualquer ato de fala, “a mente impõe intencionalmente à expressão física do estado mental as mesmas condições de satisfação do próprio estado mental”³⁹. Se essa concepção estiver correta, e estamos considerando que há razões para aceitá-la, podemos entender como no caso dos sinais de um crime a mente também lhes impõe intencionalmente uma função probatória, aceitando-os como signos, que assumem as mesmas condições de satisfação dos estados mentais. A única diferença aqui é que, enquanto nos estados mentais e enunciados sobre provas, os sinais são as condições de satisfação na direção de ajuste mente/palavra-mundo, ao considerarmos os sinais como signos, embora ainda mantendo a direção de ajuste sinais-mundo, as condições de satisfação estarão no crime que se supõe existir e se pretende provar, num sentido de tipo específico *prova-crime*. Mas se algum enunciado for feito acerca desse mesmo objeto, as condições de satisfação serão as mesmas, tanto nos enunciados, quanto nos estados mentais. A diferença, portanto, está apenas em crer que *alguém praticou um crime* (AxC) e crer que um sinal *prova que* (pq)AxC, cujas condições de satisfação podem intencionalmente ser impostas a enunciados assertivos distintos conforme o caso.

Assim, as intenções de significação que podemos encontrar na prova do crime podem assumir a estrutura das intenções de significação que encontramos nos atos de fala, o que nos permite explorar

³⁸ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 228.

³⁹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 239.

alguns conceitos fundamentais da filosofia da linguagem, na qual o termo *significação* abrange tanto questões de referência e sentido, quanto de significado⁴⁰, a exemplo das discussões que encontramos na semântica especificamente e na semiótica em geral como iremos tratar a seguir. No que nos interessa, importa entender preliminarmente que, ao assumirmos algum sinal como prova de crime, estamos a conferir-lhe um significado probatório, o que é uma questão semântica. Mas veremos em seguida que essa questão não é suficiente à definição do que seja prova em um processo penal.

A SEMÂNTICA COMO CIÊNCIA DO SIGNIFICADO

A semântica, desde sua fundação no final do século XIX, reivindica para si o papel de ciência do significado que estuda o sentido das palavras⁴¹. Tendo inicialmente uma orientação essencialmente histórica, limitada às mudanças de significado, a semântica passou a admitir duas perspectivas possíveis (tanto diacrônica, quanto sincrônica), desde as aulas do curso geral de linguística (1916) de Ferdinand de Saussure⁴². Mas a semântica não se limita apenas às palavras, além de não se limitar a uma questão apenas linguística, mesmo quando trata apenas de palavras, o que nos permite abranger com ela também o signo probatório e outras questões de interesse. A respeito, observou-se que a semântica – do grego “*sêmainô*” (significar), derivado de “*sêma*” (sinal) – aplica-se a qualquer sinal, além de abranger três problemas distintos: um problema psicológico que concerne ao substrato psíquico da interlocução; um problema lógico que concerne à relação entre signo e realidade; e um problema linguís-

⁴⁰ DUTRA, L. H. A. *Filosofia da Linguagem*: introdução crítica à semântica filosófica. Florianópolis, Editora UFSC, 2017, p. 46.

⁴¹ Apesar de admitirem-se perspectivas semânticas desde a retórica grega clássica, os semanticistas estão de acordo em considerar como fundador da “nova ciência” o trabalho do francês Michael Bréal (1883), no qual ele usa pela primeira vez o termo “semântica” – antes chamado de “semasiologia” por C. Reisig (1825) –, especificamente para tratar da “ciência das significações” (ULLMANN, S. *Semântica*: uma introdução à ciência do significado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 17; GUIRAUD, P. *A Semântica*. São Paulo-Rio de Janeiro, Difel, 1980, p. 10).

⁴² SAUSSURE, F. *Curso de linguística geral*. São Paulo, Cultrix, 2012.

tico que concerne aos sistemas de signos⁴³. Essa concepção aberta de Pierre Guiraud, contudo, não o impede de anunciar apenas a semântica linguística como “semântica por excelência”, responsável por estudar as palavras, nas suas relações entre a forma e o sentido. E embora admita existir também uma semântica geral, bem como uma semântica filosófica, limita-se a afirmar que “a semântica é o estudo do sentido das palavras”. Nenhum problema quanto a isso, desde que estejamos falando apenas de signos linguísticos; o problema está mesmo em outro ponto, ao limitar o problema do significado a uma questão de semântica, a respeito do qual precisamos considerar melhor os argumentos que se encontram na semântica linguística.

A concepção linguística de Stephen Ullmann – também orientada apenas ao estudo do significado das palavras – é um bom exemplo dessa perspectiva meramente semântica do significado, embora acabe por admitir algo mais que se acresce, aparentemente sem dar-se conta que se abria a outra dimensão não apenas semântica do significado. Mas sua concepção se inicia com uma outra redução, limitando o significado a “uma relação recíproca e reversível entre o nome e o sentido”⁴⁴, na qual não há espaço para discutir a coisa ou referente do signo. Partindo do que admite ser o mais conhecido modelo analítico do significado – o triângulo básico de Ogden e Richards a que voltaremos ao final – Ullmann considera que há no modelo componentes demais, porque inclui três elementos que ele sugere chamar de *coisa*, *nome* e *sentido*. Na sua concepção, “o referente, o aspecto ou acontecimento não-linguístico, como tal, fica nitidamente fora do âmbito da linguística”. Aqui, o equívoco de Ullmann parece estar em não perceber que, ao limitar-se ao campo da semântica linguística, na qual o referente (ou coisa, segundo sua terminologia) não terá importância ao estudo do significado, conduz-se a concluir que o referente não terá importância na discussão sobre o significado de qualquer outro tipo de signo. Não pretendemos disputar com Ullmann se para a linguística o referente é irrelevante ao significado das palavras como signos, mas

⁴³ GUIRAUD, P. *A Semântica*. São Paulo-Rio de Janeiro, Difel, 1980, p. 8.

⁴⁴ ULLMANN, S. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 118ss.

certamente não nos parece ser o caso para o significado de enunciados relativos à prova do crime.

Sobretudo porque o próprio Ullmann, ao reconhecer o que chama de uma definição operacional do significado atribuída a Ludwig Wittgenstein, admite que “o significado de uma palavra é o seu uso”. E de fato, ao comparar a linguagem com o jogo, no que chama de “jogos de linguagem”, Wittgenstein promove uma virada operacional porque leva em conta o contexto de uso do signo para estabelecer seu significado. Partindo de uma citação que encontra nas *Confissões* de Santos Agostinho, Wittgenstein, sugere que: “Aquele conceito filosófico de significação cabe bem numa representação primitiva da maneira pela qual a linguagem funciona”⁴⁵. A considerar, contudo, a data das *Investigações Filosóficas* (1945), não se pode ignorar que o pragmatismo, especialmente com *Experiência e Natureza* (1925) de John Dewey, já havia transposto os limites semânticos. Ao dizer que “o significado é primeiramente intenção, e a intenção não é pessoal no sentido de privativo e exclusivo”, Dewey ressalta uma relação de importância que a coisa assume no contexto de uso⁴⁶, o que é precisamente o caso dos sinais assumidos como prova de um crime, porque não basta que a acusação pública assuma como prova do crime algum sinal, em sentido privado que o convence pessoalmente, sem que consiga convencer a audiência pública e sobretudo o juízo criminal. Dewey, portanto, antecipa com o pragmatismo aquilo que Ullmann encontra em Wittgenstein. Mas nenhum problema há em Ullmann situar no trabalho de Wittgenstein uma viragem operacional do significado; o problema está em admitir que essa viragem trouxe novas perspectivas para a linguística, mas não se dar conta de que essa perspectiva já colocava o problema do significado além da dimensão restrita à semântica, como nos parece ser incontornável ao falarmos de significado probatório. Isso, portanto, nos exige conduzir o problema do significado para outras dimensões, tendo em conta a concepção tridimensional proposta por Charles Morris.

⁴⁵ WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas* (Os Pensadores). São Paulo 1999, p. 28.

⁴⁶ DEWEY, J. (1980). *Experiência e Natureza* (Os Pensadores). São Paulo, Victor Civita, 1980, p. 37; DEWEY, J. *La Experiencia e la Naturaleza*. Mexico-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 139.

3. A TRIDIMENSIONALIDADE SEMIÓTICA

Ao tratar do problema do significado, Charles Morris considera que “uma linguagem, em sentido semiótico total dos termos, é um conjunto qualquer de veículos signícos intersubjetivos cujo uso está determinado por regras sintáticas, semânticas e pragmáticas”⁴⁷. E, por isso, o significado não pode situar-se em qualquer lugar do processo de semiose, senão em termos desse processo globalmente considerado. Assim, na sua perspectiva, nem o meio, nem o objeto, nem o interpretante pode definir-se sem referências mútuas, e é nessa referência mútua que encontramos a unidade da semiótica. O significado de um signo, nesse sentido, “é exaustivamente especificado pela averiguação de suas regras de uso” que podemos encontrar em cada dimensão semiótica. Não se trata, portanto, de um problema restrito de semântica, tampouco de uma questão apenas de significado que ignora o problema da referência, embora Morris ainda permaneça usando o termo “significado” segundo a terminologia da semântica linguística.

Charles Morris, partindo da relação triádica fundamental entre os elementos do signo – por ele chamados de *veículo* (signico), *designatum* e *interpretante* –, considera possível também abstraírem-se uma série de outras relações diádicas, que se podem chamar de *dimensões* de análise semiótica. Assim, podemos discutir o signo segundo sua dimensão semântica, ao tratarmos das suas relações com os objetos; segundo sua dimensão pragmática, ao tratarmos das suas relações com os intérpretes; e segundo sua dimensão sintática, ao tratarmos das relações dos signos entre si mesmos, abstraídos objeto e intérpretes. Mas, embora possam ser consideradas em separado, cada dimensão concorre para a formação e compreensão de uma linguagem qualquer, a exemplo da que podemos conceber a respeito das provas penais, com algumas regras de uso. Luigi Ferrajoli, embora tratando da verdade no direito, recorreu a essas dimensões para admitir a respeito teorias diversas da verdade (correspondência, coerência e aceitabilidade justificada), conforme a dimensão (semântica, sintática e pragmática) em que estivermos

⁴⁷ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 75.

discutindo a verdade processual⁴⁸. Apesar das virtudes teóricas que essa abordagem confere ao estudo da verdade no processo penal, ressalvada a duvidosa assimilação da concepção semântica de Tarski como teoria da correspondência⁴⁹, parece-nos que o discurso morrisiano se aplica melhor ao estudo da prova, a considerar que é ela que podemos assimilar à noção de signo como temos sustentado. É com base nessa concepção que propomos as distinções a seguir.

SINTAXE DAS PROVAS

A dimensão sintática pressupõe aquele repertório de signos de que trata Elisabeth Walthers-Bense, para quem existe uma “*dependência em relação a um repertório*”⁵⁰. Charles Morris fala de classes de signos, o que poderia nos remeter às diversas classificações das provas que encontramos na tradição jurídica⁵¹, bem como às dez classes de signos principais de C. S. Peirce, compostas a partir de combinações tricotômicas fundamentais baseadas na divisão dos signos segundo o meio, o objeto e o interpretante. Mas, se voltarmos a pensar em termos de intencionalidade, devemos ter em mente o que Searle considera uma “rede” de outros estados mentais, “um complexo mais amplo de outros estados” com que uma intencionalidade se relaciona sempre⁵². É, portanto, especialmente importante termos em conta que estamos a tratar ainda de intencionalidade, ao falarmos

⁴⁸ A passagem fundamental, que assume essas concepções, se encontra em FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 40.

⁴⁹ A respeito, temos em mente as objeções que L. H. de Araújo Dutra apresenta conta a interpretação de Karl Popper sobre a teoria semântica de Alfred Tarski, na qual Ferrajoli se baseia para assimilá-la como teoria da correspondência (DUTRA, L. H. A. *Verdade e Investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. São Paulo, EPU, 2001, p. 43; DUTRA, L. H. A. *Verdade e Investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. 2. ed. rev. Florianópolis, Edição do Autor, 2020).

⁵⁰ WALTHER-BENSE, E. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2010, p. 6.

⁵¹ Por todos, cf. MALATESTA, N. F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas, Bookseller, 1996.

⁵² SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 195.

de repertório de sinais com significado probatório. Contudo, embora pressuponha um repertório qualquer, de estados mentais ou de signos, a sintaxe não se resume a isso.

Além de um repertório fundamental, à sintaxe uma questão é mais importante: algumas regras de relacionamento entre os elementos do repertório. E, assim como acontece em qualquer linguagem, também nas provas há regras de relacionamento entre os signos, que exigem pelo menos uma distinção entre níveis primários e secundários, permitindo estabelecer possíveis correlações. Assim, não podemos confundir os vestígios encontrados no local do crime com o laudo pericial produzido a partir dos vestígios, mas que na prática assume o lugar daqueles sem maiores discussões; não podemos, igualmente, confundir o registro mental que a testemunha tem em sua cabeça com o seu depoimento, escrito ou mesmo gravado acerca do que presenciou. Há uma nítida distinção de níveis, pois o signo probatório de segundo nível se constitui a partir e com base no primeiro, que deve ter uma espécie de proeminência e dominância sobre aquele. Esse é um primeiro princípio que parece reger a sintaxe probatória em plano vertical, posto que, havendo alguma discordância entre provas de níveis diversos, tem *precedência* a de nível primário para exigir revisão e correção da prova de nível secundário. Isso pode acontecer quando dois laudos contraditórios são apresentados acerca dos mesmos vestígios. Mas quando não há essa distinção de níveis, outro é o princípio que parece reger a sintaxe probatória em um plano horizontal, posto que, entre provas de igual nível, não podendo haver precedência por falta de qualquer dominância, resta-nos decidir segundo a *concordância*. Mas em qualquer caso, o que teremos é um postulado de coerência a reger a dimensão sintática probatória, na qual encontramos dois tipos de regras: *regras de formação*, “que determinam as combinações independentes e permissíveis dos elementos do conjunto” (orações); e *regras de transformação*, “que determinam as orações que podem obter-se a partir de outras orações”⁵³.

Embora Morris esteja pensando na linguagem natural, não nos é difícil pensar em estruturas sintáticas probatórias que nos conduzem

⁵³ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 44.

a três tipos fundamentais de frases no processo penal: frase condenatória, quando os signos probatórios estão todos em concordância, vertical e horizontalmente, a favor da acusação; frase absolutória, quando em concordância a favor da defesa; e frases dubitativas, quando não havendo coerência em algum sentido, subsiste uma dúvida que opera a favor da defesa (*in dubio pro reo*). Juristas sabem que o processo penal, se considerado apenas formalmente, pode ter outras tantas possibilidades frasais, mas o que estamos a afirmar diz respeito à sintaxe probatória, à discussão sobre possibilidades vinculadas aos signos probatórios. Não estamos nessa dimensão pensando em problemas pragmáticos que podem emergir da obtenção de certas provas ilícitas, que, embora possam estar em concordância com outras admissíveis, acabam sendo expurgadas do processo. A chamada prova ilícita⁵⁴, embora possa assumir a mesma natureza sónica, é excluída do repertório como um elemento estranho ao conjunto probatório, como uma língua que recusa palavras estrangeiras, ainda que estas possam ser compreendidas pela combinação com as palavras do léxico, porque não compõem o dicionário da língua.

A existência de um repertório, bem como de regras sintáticas, princípios e postulados, não exclui a possibilidade de um processo penal concluir-se apenas com base em um único signo probatório. A hipótese é rara, ademais de geralmente incluir outros tantos elementos circunstanciais que cooperam para a formação da frase. Mas seria algo similar ao que acontece em uma língua, quando dizemos apenas “socorro” e conseguimos produzir uma frase com sentido. Assim, embora sozinha, essa frase está inserida em um contexto e seguida de entonação que colabora para a compreensão. Seria algo similar a ter apenas um vídeo – sem áudio, e nada mais que isso – como prova de um crime, embora ele pudesse ser uma mera encenação, assim como pode acontecer com um grito de socorro usado apenas para chamar a atenção sem qualquer situação de perigo. Aqui, contudo, estamos antecipando aquilo que é próprio da dimensão semântica, embora pressuponha necessariamente a dimensão sintática.

A sintaxe, nesse sentido, não corresponde aos estados mentais intencionais, mas antes ao que torna a intencionalidade possível, algo

⁵⁴ No sentido que a considera, v. g., ARMENTA DEU, T. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014.

como uma pré-condição que Searle chama de *Background*: “um conjunto de capacidades mentais não-representacionais que permite a ocorrência de toda representação”⁵⁵. Trata-se, assim, do que proporciona as condições ao funcionamento de formas particulares de intencionalidade como a significação que nos interessa relativamente à prova. Mas, somente se estivermos tratando de intencionalidade dos estados mentais, podemos acreditar que ele se refere apenas a capacidades próprias do indivíduo, como o sustenta Searle, pois basta que passemos a tratar de atos de fala, para entendermos que estes pressupõem algo além do que precisa a intencionalidade da mente – eles precisam de instituições como a língua, com suas regras sintáticas, assim como as provas do crime precisam de instituições relativas ao direito penal, também com suas regras jurídicas, da qual emerge um domínio próprio de intencionalidade que não depende exclusivamente do indivíduo. Em outras palavras, podemos dizer que o significado probatório de um sinal, assim como o significado de uma palavra, depende de uma sintaxe probatória que permita aos diversos sujeitos se comunicarem acerca da prova, o que em termos práticos quer dizer que o significado depende antes de uma sintaxe, antes de ser uma questão semântica. Mas esta ainda tem sua importância.

SEMÂNTICA DAS PROVAS

A dimensão semântica, por sua vez, segundo a concepção de Morris, pressupondo a sintaxe, se ocupa da relação dos signos com o que ele chama de *designatum*, considerado como um objeto que pode ou não ser algo existente real (*denotatum*)⁵⁶. Mas nessa sua concepção, Morris se confronta com a tradição linguística, na qual a semântica se ocupa da relação entre o nome e o sentido⁵⁷, como estudo da função de transmitir o sentido que têm as palavras⁵⁸. Essa divergência decorre em parte de

⁵⁵ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 198.

⁵⁶ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 55.

⁵⁷ ULLMANN, S. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 118.

⁵⁸ ; GUIRAUD, P. *A Semântica*. São Paulo-Rio de Janeiro, Difel, 1980, p. 11.

disputas que existem em torno do problema específico do significado, aqui compreendido como problema geral de significação, para o qual Morris sustenta uma concepção unitária da semiótica decorrente de operações que se realizam nas três dimensões. No que nos interessa, relativamente à prova do crime, parece-nos que essas duas concepções se entrelaçam necessariamente, para que possamos entender a significação probatória, não limitada a uma questão de significado semântico, mas também não limitada a uma concepção meramente referencial do significado. Ademais, essa parece ser uma consequência de considerarmos as intenções de significação segundo o modelo de ato de fala, em que temos a fórmula “ $F(p)$ ”: composta por *conteúdo proposicional* (p) e *força ilocucionária* (F).

Morris explica que, enquanto linguistas se têm interessado pelo estudo das condições de uso de uma palavra, empiristas se ocuparam em termos mais gerais das condições sob as quais podemos afirmar que um signo tem um *denotatum*. E nessa perspectiva tem lugar a discussão sobre a “verdade” sempre que se considera a relação de um signo com alguma coisa, questão para a qual ressalta a importância dos esforços lógicos feitos especialmente pela teoria semântica da verdade. É por isso que Morris reserva o termo “designa” ou “denota” para a semântica, para especificar a relação entre um signo e um objeto, em distinção como o termo “expressa”, reservado à dimensão pragmática. Assim considerada a dimensão semântica, portanto, entende-se por que Morris considera sua regra fundamental a que especifica sob que condições um signo qualquer – como uma prova em relação ao crime – pode aplicar-se a um objeto ou situação. Em termos mais diretos, uma semântica probatória se destina a estabelecer sob que condições um signo é prova de um crime. E em termos de intencionalidade, segundo Searle, sob que condições de satisfação algo funciona como prova, tendo em conta uma direção de ajuste prova-crime.

Aqui o jurista poderá ser tentado a elencar um conjunto de regras jurídicas que dizem respeito a garantias processuais de *obtenção* e *admissão* das provas, mas o que concerne à semântica diz respeito mais precisamente àquilo que o direito probatório tem chamado de *valoração* da prova, embora nesta se encontrem imbricadas questões outras de ordem pragmática que iremos abordar adiante. O que Morris considera regra semântica não parece encontrar qualquer similaridade em regras jurídicas

contemporâneas, embora no direito medieval possamos encontrar algumas regras desse tipo no chamado “sistema taxado de provas legais”, no qual duas testemunhas concordantes denotavam necessariamente a existência do crime. Entretanto, como observa Morris (1985, p. 58), e atualmente é assim no direito probatório, as regras semânticas não são geralmente formalizadas, ou o são apenas parcialmente, ou melhor casuisticamente como podemos encontrar em certas jurisprudências acerca de algum crime em espécie. Assim, portanto, geralmente as regras semânticas “são mais hábitos de conduta que outra coisa”⁵⁹, o que deixa o direito probatório em situação de incerteza epistêmica que reflete em insegurança jurídica dos acusados, porque não é possível arbitrar antecipadamente, tampouco auditar posteriormente as provas de uma condenação além da íntima convicção do juiz.

É com razão, por isso, que essa questão se tem tornado o ponto de convergência central dos renovados estudos probatórios na viragem jurídica do século XXI com a discussão ardente e crescente em torno do que se tem chamado de *standard de prova*⁶⁰. Mas como veremos, isso que parece habitar a dimensão semântica da prova, dificilmente terá uma compreensão satisfatória se não avançarmos mais além para a dimensão pragmática. Em outros termos, precisamos reconhecer que o significado probatório de qualquer sinal do crime precisa ser construído pragmaticamente de forma intersubjetiva entre os diversos sujeitos processuais,

⁵⁹ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 58.

⁶⁰ Susan Haack considera que “os estândares de prova devem ser entendidos como graus de aval” (HAACK, S.. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. Vazquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2016, p. 66); Carmen Vazquez (2013, p. 13), cuidando de distinguir as antigas provas taxadas por lei dos atuais estândares científicos, explica que estes pretendem estabelecer um grau mínimo de prova indispensável para condenação, mas destinado à valoração do conjunto de provas, não ao valor de cada prova *a priori*, embora também estabelecidos por lei (VAZQUEZ, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2016), a exemplo do que se tem chamado de *beyond a reasonable doubt* (mais além de toda a dúvida), abreviado geralmente como BARD (LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 104)

o que vem em favor de reforçar a necessidade de regras democráticas de participação processual efetiva sobretudo das partes.

PRAGMÁTICA DAS PROVAS

A dimensão pragmática, que tem pressupostas as dimensões sintática e semântica, concerne à relação do signo com seus intérpretes, considerados em seus diversos aspectos biológicos, psicológicos e sociológicos⁶¹. Aqui, Morris subjetiva o interpretante do signo concebido por Peirce independentemente do sujeito, ao passo que reconhece no processo de pensamento a interação de um organismo com seu ambiente (natural e social). E isso nos coloca de volta em contato com a concepção do significado como um tipo de intencionalidade da mente, mas que também necessariamente supõe práticas sociais como um fenômeno coletivo⁶². Assim, na perspectiva pragmática, um sistema qualquer de signos – linguístico ou probatório – sintetiza um sistema de condutas, no qual os signos atuam como instrumento de mediação entre organismo e ambiente. A pragmática, nesse sentido, enfatiza o juízo ou valoração de um signo. Mas embora essa valoração se desenvolva em termos de verdade – sobretudo no campo probatório de nosso interesse – parece-nos que Morris nesse ponto faz uma redução excessiva da dimensão pragmática, a considerar que, até mesmo uma prova de crime – retirada de seu contexto probatório – poderá operar como mediação de conduta segundo outros valores não apenas epistêmicos, mas também éticos (bom) ou estéticos (belo). Usando a terminologia da intencionalidade em Searle, diremos que em cada caso as condições de satisfação serão distintas, além das direções de ajuste possíveis.

Se estamos a considerar os intérpretes do signo, basta que se apresente o mesmo conjunto probatório de um processo antigo (como um processo inquisitorial do século XV) a historiadores ou romancistas, que estes serão capazes de modular o interesse e extrair do mesmo signo não apenas outras verdades – como geralmente se tem enfatizado, e

⁶¹ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-Mexico, Ediciones Paidós, 1985, p. 67.

⁶² SEARLE, J. R. *Consciência e linguagem*. São Paulo, Martins Fontes, 2021, p. 231.

especificamente no processo penal se observa nas disputas entre acusação e defesa –, mas sobretudo outros juízos possíveis de valoração no amplo conjunto axiológico que interessa e move o ser humano em suas condutas na vida em comum, o que pode até ser um interesse meramente contemplativo, não judicativo da verdade histórica do outro. Essa é, inclusive, a consequência que se pode extrair de uma observação feita pelo próprio Morris, acerca da possibilidade de um mesmo veículo signico funcionar como dois signos distintos, porque não se trata apenas de uma distinta valoração do signo – mas ainda segundo o mesmo valor; é também uma questão de *interesse* que opera na dimensão pragmática, permitindo não apenas oscilar em um mesmo espaço de possibilidades semânticas, mas também inaugurar um outro espaço semântico com outras expectativas que não apenas as epistêmicas⁶³. É isso que nos permite entender por que o direito probatório considera as provas não apenas segundo a verdade, mas também segundo outros interesses que compõem toda a teoria da proibição de obtenção e proibição de valoração de certas provas obtidas por meios ilícitos⁶⁴. A teoria jurídica das proibições de provas, nesse sentido, inaugura um outro espaço semântico de significado, movido por interesses de proteção da dignidade humana, para excluir do julgamento provas que foram obtidas com ofensa a direitos fundamentais. É, em termos de intencionalidade, uma questão de perspectiva que coloca o signo probatório em um contexto próprio de interesse.

Assim, podemos entender melhor a extensão com que Morris⁶⁵ considera a regra pragmática fundamental, pela qual se estabelecem as condições com que os intérpretes – sujeitos processuais interessados na prova – aceitam ou recusam uma prova como signo do crime. Em outras palavras, embora a verdade constitua o valor central na discussão probatória orientada por um interesse epistêmico, não é estranho ao processo penal abrir-se a outros interesses ético-políticos acerca das mesmas provas, requerendo a incidência de outras regras pragmáticas que concernem a

⁶³ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 80.

⁶⁴ Por todos, cf. ANDRADE, M. C. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

⁶⁵ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 75.

valores distintos, mas igualmente reconhecidos na comunidade jurídica. A respeito, voltando à terminologia da intencionalidade com que iniciamos, Searle admitirá que “o significado não é só produto da intencionalidade individual, mas também o resultado de práticas sociais”, o que pressupõe, segundo ele, além do que considera *background* dos estados mentais, também convenções e regras⁶⁶. Nesses termos, podemos concluir que, embora possamos aceitar a concepção originária de Searle, para quem a significação é um tipo de intencionalidade que encontramos na cabeça das pessoas, somos levados a admitir que há intencionalidade também na realidade social, que os significados dependem de alguma intencionalidade social com instituições como a linguagem⁶⁷ e, no que nos interessa mais especificamente, com o direito penal e sua linguagem própria. É como pensamos ser necessário discutir mais detidamente o problema da significação probatória, como uma questão de específica intencionalidade.

4. A SIGNIFICAÇÃO PROBATÓRIA: UM MODELO ANALÍTICO

A considerar tudo quanto o problema de significação envolve, entendem-se as razões por que C. Morris nos sugere evitar o uso do termo “significado”, requerendo termos mais específicos para discriminar melhor os vários fatores que ele abrange⁶⁸. Esta é uma razão por que temos usado *significação* – segundo a terminologia sugerida por L. H. Araújo Dutra, para quem o termo abrange questões relativas ao *significado* e à *referência* – ao falarmos de prova de crime. Mas ao usá-lo, como advertimos desde o início, não pensamos em restringi-lo aos casos de enunciados probatórios.

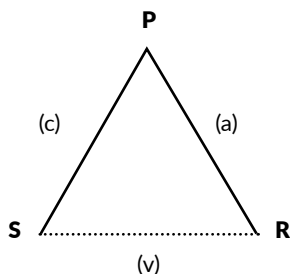
⁶⁶ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 232.

⁶⁷ A respeito, cf. DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021, p. 180, com o que obtemos uma outra objeção àquela ideia de J. R. Searle sobre intencionalidade originária e intencionalidade derivada, porque a linguagem não deriva simplesmente da mente, a considerar que ela inaugura um espaço próprio de intencionalidade que depende não apenas do que se encontra na mente do indivíduo.

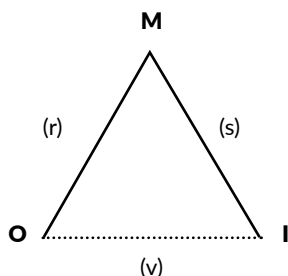
⁶⁸ MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós, 1985, p. 87.

Essa parece ser a razão também por que C. K. Ogden e I. A. Richards propõem um modelo analítico composto por três elementos com o qual pretendem discutir o problema do significado como termo abrangente, segundo uma proposta do simbolismo geral, embora ainda partindo de “pensamentos, palavras e coisas”, o que os leva muito constantemente a discutir o significado tendo como parâmetro a nossa língua natural⁶⁹. Mas, se tivermos em conta a significação como tipo de intencionalidade, segundo a concepção de Searle, podemos usar esse modelo próprio dos atos de fala para os casos de estados mentais, assim como para os casos de prova como signo do crime. Por isso, esse esquema analítico geral pode ser aplicado a todas as espécies de signos, que eles optam por chamar de símbolos, embora saibamos que – na concepção de C. S. Peirce – o símbolo seja apenas uma das espécies de signo com referência ao objeto, tendo por característica aquilo que é comum às línguas, serem convenções representativas distintas de ícones e índices, dos quais os sinais do crime se aproximam mais constantemente, mas sem descartar possibilidades de símbolos relativos à prova, tendo em conta também os enunciados probatórios existentes no processo. O mais importante do modelo analítico de Ogden e Richards é, contudo, considerarem que “para a análise dos sentidos de «significado» (...) é desejável começar pelas relações de pensamento, palavras e coisas”. É com base nesse pressuposto que eles nos oferecem aquilo que se tornou o ponto de partida de muitas discussões acerca do significado – o conhecido “triângulo básico” de Ogden e Richards, com o qual eles apresentam de fato aquilo que temos chamado de *significação*, termo mais amplo que abrange questões sobre significado e referência. A virtude da proposta, no entanto, está em ver a significação como algo complexo, composta não tanto apenas pelos elementos do signo em si, mas pelas relações que se estabelecem entre esses elementos, o que nos parece ser promissor para uma análise da significação probatória. O modelo, que reproduzimos sem todos os detalhes – contendo (P) *pensamento*, (S) *símbolo* e (R) *referente* como elementos, e (c) *correto*, (a) *adequado* e (v) *verdadeiro* como relações – pode ser assim simplificado:

⁶⁹ OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. A. *O significado de significado: um estudo da influência da linguagem sobre o pensamento e sobre a ciência do simbolismo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972, p. 32.



Quanto ao essencial, os elementos de que se utilizam Ogden e Richards, embora recebam outros nomes, parecem ser reconduzíveis aos elementos do signo em geral, segundo a concepção peirceana – *meio* (M), *objeto* (O) e *interpretante* (I); ademais, no seu modelo o pensamento assume o topo da pirâmide, ao passo que a questão da verdade aparece como uma relação entre signo e objeto. Apesar de considerarmos mais adequado discuti-la como relação entre referência e significado, o modelo de Ogden e Richards tem a virtude de apresentar o problema da verdade como uma relação indireta – representada por uma ligação em pontilhados. A nossa proposta, nesse sentido, com base nas relações entre os elementos peirceanos, compostas de (r) *referência* (M-O); (s) *significado* (M-I); e (v) *verdade* (O-I), tem o seguinte arranjo:



Com esse modelo analítico, queremos detalhar aquela “constelação de noções lógicas” de que fala Searle, ao admitir a noção “convenientemente vaga” com que considera a representação da mente ou

da linguagem⁷⁰, e com que podemos entender igualmente a significação probatória do crime como uma específica intencionalidade da prova, cuja função é representar o crime em um empreendimento coletivo que requer a interação intersubjetiva de diversos sujeitos processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É, portanto, com base nesse modelo analítico, tendo em conta uma perspectiva semiótica tridimensional, que podemos discutir na questão geral da significação os problemas da referência, do significado e da verdade como questões específicas que nos permitem entender o problema geral da significação probatória, compreendida como um tipo de intencionalidade, mas não apenas como algo de domínio individual, também como algo de domínio social, no qual a perspectiva pragmática assume uma proeminência. Afinal, os sinais de um crime não são provas apenas porque uma mente individualmente acredita ser o caso, tampouco porque o enuncia ainda que solenemente, mas sobretudo porque, assumindo-as intencionalmente como hipótese em sua mente, submete-as ao debate por intermédio de enunciados em linguagem de comunicação, segundo regras e convenções jurídicas em processo penal, no qual outras mentes com suas intencionalidades têm o poder de confirmar ou refutar suas intenções de significação probatória. Em outros termos, que integram a discussão sobre a tridimensionalidade, podemos dizer que a significação probatória não se pode reduzir a um problema de semântica dos sinais, sem levar seriamente com conta o contexto pragmático de uso desses sinais como prova do crime.

Entretanto, embora possamos recorrer tanto ao modelo de estados intencionais – a considerar que as intenções de significação probatória acontecem primeiramente na mente –, quanto ao modelo de atos de fala – a considerar que também encontramos enunciados probatórios, é especialmente relevante reconhecer que a prova como signo assume uma específica intencionalidade intermediária, que se beneficia dos conceitos e das discussões que encontramos tanto na filosofia da mente, quanto na

⁷⁰ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 15.

filosofia da linguagem, mas que emerge como uma instituição própria no domínio de uma discussão juridicamente comprometida com os tipos do direito penal (ontologia) e com os fins da política criminal (ideologia). E, usando a terminologia do *emergentismo perspectiva* sugerida por L. H. Araújo Dutra, esses domínios jurídico e político nos parecem ser *condições de base* que permitem emergir uma intencionalidade de significação probatória. Efetivamente, não nos seria possível falar de prova de um crime, sem antes termos as condições jurídico-políticas de definição legal do crime. Compreendê-las é, portanto, parte do estabelecimento das condições de satisfação de qualquer intenção de significação que concerne à verdade de enunciados sobre as provas.

E precisamente nisto está o centro do problema da significação, segundo Searle, para quem “a chave do significado é simplesmente que este pode ser parte das condições de satisfação (no sentido de requerimento) da minha intenção de que suas condições de satisfação (no sentido de coisa requerida) também tenham condições de satisfação”⁷¹. Essa certamente não é uma concepção unânime acerca da significação, a considerar as diversas teorias que podemos encontrar sobre o problema⁷², mas ela nos parece ser suficientemente ampla para abranger as disputas principais, bem como sobretudo para nos permitir tratar especificamente do problema da significação probatória como questão de intencionalidade, em comparação tanto com a linguagem quanto com a mente. Afinal, parece adequar-se bem ao conceito de Gilbert Ryle, para quem a *significação* é “um estilo de operação” que se executa com uma expressão qualquer, e podemos executar com sinais do crime, mas não é qualquer coisa referida, embora esta possa estar pressuposta; é, nesse sentido, apenas “uma função”⁷³: o que está em conformidade com o essencial da intencionalidade, considerada em última análise como *funcionalidade*. A prova do crime, nesse sentido, poderá ser tudo que se assuma intencionalmente em função representativa do crime, desde que consiga cumprir as condições sintática, semântica e pragmática de satisfação. Apenas se tivermos em

⁷¹ SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 38, p. 38.

⁷² ALSTON, W. P. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972, p. 25-56.

⁷³ RYLE, G. A teoria da significação. *Ensaios: Ryle, Strawson, Austin, Quine* (Os Pensadores). São Paulo, Victor Civita, 1980, p. 69.

conta essa complexidade da significação probatória, podemos entender o que se quer dizer com a asserção “está provado que”.

REFERÊNCIAS

- ALSTON, W. P. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972.
- ANDRADE, M. C. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- ARMENTA DEU, T. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014.
- BELTRAN, J. F. *Prova e verdade no direito*. São Paulo, RT, 2017.
- DENNETT, D. C. *Tipos de Mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Rio de Janeiro, Rocco, 2017.
- DEWEY, J. (1980). *Experiência e Natureza (Os Pensadores)*. São Paulo, Victor Civita, 1980.
- DEWEY, J. *La Experiencia e la Naturaleza*. Mexico-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- DUTRA, L. H. A. *A Escala Humana: emergentismo perspectivista nas humanidaes*. Ribeirao Preto, Agrya, 2021.
- DUTRA, L. H. A. *Consciência e Racionalidade: esboço de uma filosofia da ação*. Ribeirao Preto, Agrya, 2021.
- DUTRA, L. H. A. *Temíveis Tigres Invisíveis: ontologias das realidades abstratas e dos poderes naturais*. Ribeirao Preto (SP), Agrya, 2021.
- DUTRA, L. H. A.. *Realidade e Conhecimento Social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Florianópolis, Editora UFSC, 2021.
- DUTRA, L. H. A. *Autômatos Geniais: a mente como sistema emergente e perspectivista*. Brasília, Editora UnB, 2018. <https://doi.org/10.7476/9788523013387>
- DUTRA, L. H. A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. Florianópolis (SC), Editora UFSC, 2017.
- DUTRA, L. H. A. *Verdade e Investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. São Paulo, EPU, 2001.
- DUTRA, L. H. A. *Verdade e Investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. 2. ed. rev. Florianópolis, Edição do Autor, 2020.
- ECO, U. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2014.

FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 2008. <https://doi.org/10.1177/096466399400300110>

FUMERTON, R. *Epistemologia*. Petrópolis, Vozes, 2014.

GUIRAUD, P. *A Semântica*. São Paulo-Rio de Janeiro, Difel, 1980.

HAACK, S. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. Vazquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2016, pp. 65-98. <https://doi.org/10.2307/jj.2322011.6>

LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013. <https://doi.org/10.2307/jj.2321936>

MALATESTA, N. F Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas, Bookseller, 1996.

MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona-Buenos Aires-Mexico, Ediciones Paidós, 1985.

OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. A. *O significado de significado: um estudo da influência da linguagem sobre o pensamento e sobre a ciência do simbolismo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972. <https://doi.org/10.17771/pucrio.acad.21015>

PEIRCE, C. S. *Semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2017.

PEREIRA, E. S. (2023). Homicídio, infidelidade e sujeira em quartos de hotel: problemas de significado probatório. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (4), 2023. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22812

RYLE, G. A teoria da significação. *Ensaio: Ryle, Strawson, Austin, Quine* (Os Pensadores). São Paulo, Victor Civita, 1980.

SAUSSURE, F. *Curso de linguística geral*. São Paulo, Cultrix, 2012.

SEARLE, J. R. *Consciência e linguagem*. São Paulo, Martins Fontes, 2021.

SEARLE, J. R. *Intencionalidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

SEARLE, J. R. *Expressão e Significado: estudos da teoria dos atos de fala*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

SEARLE, J. R. *Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real*, 2000.

SEARLE, J. R. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

ULLMANN, S. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

VAZQUEZ, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2016, pp. 65-98. <https://doi.org/10.2307/jj.2322011.6>

WALTHER-BENSE, E. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2010.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas (Os Pensadores)*. São Paulo 1999.

Authorship information

Eliomar da Silva Pereira. Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa) com pós-doutorado em Filosofia (Universidade de Brasília – Departamento de Filosofia). eliomar.esp@outlook.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: The author thanks the Department of Philosophy at the University of Brasília, especially the Post-Graduate Program in Philosophy, within which this article was written, under the supervision of Professor Luiz Henrique de Araújo Dutra. The author also thanks the evaluators who contributed with their reviews and suggestions for the improvement of this article.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 03/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 02/04/2023
- Review 1: 19/04/2023
- Review 2: 05/05/2023
- Review 3: 07/05/2023
- Preliminary editorial decision: 25/05/2023
- Correction round return: 31/05/2023
- Final editorial decision: 18/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DA SILVA PEREIRA, Eliomar. A complexidade da significação probatória: problemas, dimensões e conteúdo da intencionalidade da prova penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 913-948, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.817>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica

*Evidence flexibilization in the criminal trial:
a form of epistemic injustice¹*

David Sierra Sorockinas²

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia.


david.sierrasoro@unaula.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-3829-4548>

Mariana Toro Taborda³

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia.

mariana.torota@unaula.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-8099-6420>

-
- ¹ Este artículo es un resultado de investigación del Convenio Específico de Colaboración entre la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (UdeA) y la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUULA) del 30 de noviembre de 2020 para el desarrollo del proyecto de investigación titulado “La carga de la prueba y su flexibilización en el Código General del Proceso colombiano, estudio teórico y dogmático”; proyecto que se encuentra inscrito mediante Acta CODI 2020-31930 (20/04/2020) de la UdeA y según código 34-000033 de la UNAUULA. Además, se adscribe a los Grupos de Investigación en Derecho Administrativo (UNAUULA) y Estado de Derecho y Justicias (UdeA). Además, es un resultado de investigación del Proyecto de Investigación “Límites constitucionales a la privación de la libertad en Colombia: el efecto de las decisiones de la Corte Constitucional sobre los centros de detención transitoria”, adscrito al Grupo de Investigación en Proceso Penal y Delito. El proyecto se encuentra inscrito con el Código 36-000009 de la UNAUULA.
- ² Docente e investigador de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Bahía. Magíster y abogado de la Universidad de Antioquia.
- ³ Docente e investigadora de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga. Magíster en Derecho Penal y abogada de la Universidad EAFIT.

RESUMEN: El propósito del presente trabajo es analizar un tipo de injusticia epistémica en el ámbito del derecho procesal penal. La pregunta central de la investigación es: ¿la reversión de la carga de la prueba en el proceso penal puede conducir a una injusticia epistémica? Para responder este interrogante se dividirá el texto en tres partes. En primer lugar, examinamos el concepto de injusticia epistémica y sus diversas modalidades. En segundo lugar, presentamos las condiciones en las que el proceso penal es un escenario epistémico. Hacemos una caracterización del proceso penal en clave epistemológica. Finalmente, en tercer lugar, se exponen las razones por las que un cambio en el diseño institucional (la carga de la prueba) conlleva una injusticia epistémica.

PALABRAS CLAVE: injusticia epistémica; testimonio; proceso penal; carga de la prueba; presunción de inocencia.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze a type of epistemic injustice in the field of criminal procedural law. The central research question is: can reverse onus in criminal trial lead to epistemic injustice? To address this question, the text will be divided into three parts. First, we examine the concept of epistemic injustice and its various modalities. Second, we present the conditions under criminal trials in an epistemic setting. We characterize the criminal trial in an epistemological key. Finally, in third place, we present why a change in the institutional design (the burden of proof) leads to epistemic injustice.*

KEYWORDS: *epistemic injustice; testimony; criminal trial; the burden of proof; the presumption of innocence.*

SUMARIO: Introducción; 1. Breve contexto de la injusticia epistémica; 2. Las garantías penales como expresión de un esquema epistémico; 3. La carga dinámica de la prueba: ¿una fuente de injusticias epistémicas?; Conclusiones; Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Imaginemos a dos individuos: Tom Robinson⁴, protagonista de la novela de Harper Lee, *Matar a un ruiseñor*, y Michael Peterson⁵, protagonista del documental *Souçons* (más conocido como *The Staircase*⁶). Ambos comparten una situación: son sujetos pasivos en un proceso penal. Ahora bien, el escenario que los iguala solo es parcial. Mientras en el relato ficcional de Harper Lee nosotros sabemos –como lectores– de la inocencia de Tom Robinson, en el documental no tenemos la certeza de ello, pues a lo largo del proceso no tenemos una posición privilegiada que nos permita saber si Michael Peterson mató, o no, a su cónyuge, Kathleen Peterson.

La situación de Tom Robinson ha sido usada como un ejemplo de injusticia epistémica testimonial, en los términos de Miranda Fricker (2007). En la novela, la posición epistémica de Robinson se ve disminuida injustamente, debido principalmente a los sesgos del jurado (todos varones blancos). El caso de Michael Peterson, por el contrario, no parece que siga las mismas sendas, ya que se trata de un varón blanco que fue juzgado por matar a su cónyuge⁷ y no hay una confirmación de que el jurado rechazase de plano sus versiones o de que haya certeza de su inocencia. Pese a las diferencias identitarias que existen, ambos casos siguen perteneciendo al

⁴ Para nuestro trabajo es necesario saber que el personaje de Tom Robinson es varón afro condenado penalmente por un jurado por violar a una mujer, pese a que la narradora nos muestra la inocencia de él y el prejuicio de las personas que componen el jurado.

⁵ El personaje central del documental –o de la serie– es un varón exmilitar y escritor acusado (y eventualmente condenado por un jurado) por el homicidio de su esposa. Pese a que se anula una parte del juicio, el proceso finaliza con un acuerdo entre la fiscalía y el acusado (*Alford plea*), lo que deja a los espectadores en un estadio de incerteza sobre los hechos.

⁶ Existen dos obras: el documental francés escrito y dirigido por Jean-Xavier de Lestrade (2004-2018) y una serie de televisión cuyo *showrunner* es Antonio Campos (2022), protagonizada por Toni Collette y Colin Firth.

⁷ Por mor de la brevedad, no nos concentraremos en un elemento que fue discutido durante el proceso: la homosexualidad de Michael Peterson. Hay que aclarar, de todas formas, que este elemento fue considerado por el ente acusador como un motivo válido para la comisión del delito.

conjunto de procesos penales, en el que el agente procesado se encuentra en una desventaja epistémica⁸.

La desventaja epistémica, sin embargo, no implica *per se* un caso de injusticia epistémica. De acuerdo con la literatura académica (Pohlhaus, 2017; Wanderer, 2017, Goldstein, 2022, Medina, 2022), esta desventaja (reflejada en la falta de credibilidad, por ejemplo) debe ser injusta. En palabras de Miranda Fricker: “la injusticia testimonial, por la que se causa un mal a alguien en su capacidad para aportar conocimiento, y la injusticia hermenéutica, según la cual se causa un mal a alguien en su capacidad como sujeto de comprensión social” (2007, p. 15). Así, tenemos que la injusticia epistémica conlleva un debilitamiento injustificado del rendimiento intelectual (producción de conocimiento), de la confianza en la justificación de las creencias doxásticas (reproducción del conocimiento) y del desarrollo cognitivo (distribución del conocimiento).

Si evaluamos estas características de forma independiente, podríamos concluir que el proceso penal es un ambiente en el que hay agentes que tienen una posición epistémica desventajosa. En este escenario, por regla general, la posición del procesado es débil. No obstante, en los sistemas garantistas, esta posición se compensa institucionalmente cuando se establece un dique normativo que blindo al sujeto: la presunción de inocencia⁹ (Ferrajoli, 2011). El diseño institucional permite que el escenario epistémico no se torne injusto. Ora un juez, ora un jurado, quien tome la decisión debe favorecer al procesado en los eventos de umbral o de precariedad epistémicos.

A lo largo de los años, no obstante, el diseño institucional se ha modificado. Por medio de reformas legales o través de la aplicación jurisprudencial se han incluido estímulos normativos que terminan por

⁸ Podríamos presentar una definición de desventaja epistémica, así: “[esta] se produce cuando las relaciones no deliberadas y asimétricas excluyen a la(s) persona(s) de la participación social, lo que provoca un perjuicio intelectual o moral. En otras palabras, la desventaja epistémica se produce cuando se excluye *justificadamente* a una persona o grupo de los intercambios de conocimientos, pero la exclusión deriva en un perjuicio intelectual o moral” [traducción propia] (Goldstein, 2022, p. 1862).

⁹ En el derecho español, el ya clásico análisis a la institución por medio del comentario jurisprudencial de Jaime Vegas (2006) muestra las virtudes de este diseño institucional.

mutar la institución. Uno de esos cambios es la flexibilización probatoria en materia penal.

La hipótesis que sostenemos es que los estímulos normativos que debilitan la presunción de inocencia transforman el proceso penal en un escenario de injusticia epistémica, toda vez que habría un daño efectivo en la confianza epistémica de un agente.

Para ello estructuramos el texto así: (i) breve contexto de la injusticia epistémica; (ii) las garantías penales como expresión de un esquema epistémico y (iii) la carga dinámica de la prueba: ¿una fuente de injusticias epistémicas?

1. BREVE CONTEXTO DE LA INJUSTICIA EPISTÉMICA

Los nuevos estudios de epistemologías críticas enfatizan en los problemas de silenciamiento y vulnerabilidad de los agentes epistémicos, así como otras formas de discriminación y opresión. Lo que otrora era un campo ideal de estudio, hoy en día los problemas que se investigan en el dominio ponen el foco en las características de los individuos sociales, tales como su participación en una etnia, sus preferencias sexuales, su género o en circunstancias que los limitan, v. gr. las migraciones masivas; estas condiciones limitan la producción, la distribución y la reproducción del conocimiento (Medina, 2022, Battaly, 2023).

En términos prosaicos, las corrientes críticas epistemológicas muestran un nuevo escenario en el que el conocimiento es un producto social, pero no con los tintes de modelos ideales en los que los agentes aparentemente se coordinaban satisfactoriamente, sino uno en el que hay sectores y, siguiendo a Fricker (2007 & 2017), grupos que sufren opresión, debilitamiento o marginación. Así, no resulta lo mismo ser un varón cisgénero heterosexual que una mujer afro en términos epistémicos.

La epistemología se mueve, pues, de un motivo teórico a uno en el que la frónesis impera: los aspectos éticos y políticos son transversales al estudio del conocimiento. En la literatura se concentran, al menos, tres tipos de problemas en este ámbito: (i) la forma de transmitir conocimiento, un conjunto de problemas que se ha encuadrado dentro de la etiqueta “injusticia testimonial”; (ii) la forma de dar sentido a las

experiencias sociales, un conjunto de problemas denominado “injusticia hermenéutica” y, finalmente, (iii) la forma en la que están diseñadas las instituciones sociales, este conjunto de problemas también llamado “injusticias estructurales” (Broncano, 2020, cap. VII).

Los dos primeros tipos de problemas han sido discutidos ampliamente en la literatura académica (Giromini & Vilatta, 2022). Sin pretensiones exhaustivas, es posible hacer una breve síntesis que nos permita operar en los contextos. Comencemos con una definición: “Injusticia epistémica es toda degradación de la posición y autoridad epistémicas de un agente que se produce cuando la posición social interfiere causalmente en ejercicio epistémico de los agentes” (Broncano, 2020, posición Kindle 3439).

Para que se dé un caso de injusticia epistémica debe existir una degradación de la posición y autoridad epistémicas del agente. El primer caso es la injusticia hermenéutica: el agente no cuenta con el repertorio conceptual adecuado para dar cuenta de una experiencia social (Radi, 2022^a y 2022^b), así hay una especie de vacío conceptual que lo afecta. El segundo es la injusticia testimonial, en la que hay un fallo en la transmisión de conocimiento, pues su competencia, autoridad o credenciales se ven afectadas (Wanderer, 2017).

La otra condición que establece Fernando Broncano en su definición está relacionada con el diseño de las instituciones. Guiándonos por la idea de Douglass North, las instituciones serían las reglas del juego (1995, p. 3); expresado de otra forma, el conjunto de normas *–lato sensu–* que tiene una sociedad. Es importante aclarar que no se trata solo de normas jurídicas, sino que pueden ser de cualquier tipo, como morales, religiosas, de conducta e, incluso, epistémicas. En términos amplios, estaríamos hablando de un rasgo cultural. Así, serían instituciones los ritos de iniciación o consagración en una religión específica, como la regulación de una lengua determinada.

En el marco de esta nueva ola epistemológica, el estudio del conocimiento ha pasado de una versión meramente individualista a una en la que el aspecto social es influyente para comprender cómo se puede saber algo. Así, dentro de este dominio, el estudio por el testimonio ha sido determinante para mostrar algunos aspectos de la agencia de los individuos (Audi, 2015, Battaly, 2023, Fricker, 2006, Greco, 2021). El

testimonio¹⁰, en el ámbito de la epistemología, es acaso la principal forma de obtención del conocimiento diferente a las puramente individuales, como la percepción, la razón o la memoria (Broncano, 2019, pp. 242-3).

Uno de los aspectos del testimonio que nos interesa resaltar aquí es el testimonio ante la precariedad epistémica. En otras palabras, nos interesa circunscribir el caso de un sujeto que legítimamente ignora algo y, por medio del conocimiento de otro agente, busca ampliar su conocimiento.

Desde esta perspectiva la decisión del juez se encuadra de forma satisfactoria dentro del conjunto de casos en el que el testimonio (en el sentido de la epistemología¹¹) es la base de la producción del conocimiento. Que sea la base no significa que sea la totalidad. En el moderno derecho probatorio existe un marco normativo en el que se circunscribe al fallador para aceptar un tipo de pruebas. La obtención del conocimiento está reglada. No obstante, la construcción del relato, de los hechos, depende principalmente del testimonio, así como la solidez de las evidencias aportadas (Amaya, 2020, Leonard, 2022).

Veamos a continuación cómo se manifiesta esta estructura en el proceso penal.

2. LAS GARANTÍAS PENALES COMO EXPRESIÓN DE UN ESQUEMA EPISTÉMICO

Los procesos jurisdiccionales podrían caracterizarse como una modulación entre dos dimensiones: poder y saber. Al igual que otro tipo de operadores jurídicos, los jueces tienen la potestad de adoptar decisiones que influyen en la esfera jurídica de los sujetos. Ello implica que la libertad de estos últimos pueda verse comprometida, por ejemplo, por la imposición de una obligación pecuniaria, de una sanción o de una

¹⁰ No huelga aclarar que aquí nos referimos al dominio de la epistemología. Para los fines argumentativos, no debe confundirse con el concepto en el campo del estudio del derecho probatorio o del derecho procesal.

¹¹ No vamos a negar el contenido semántico que tiene el término dentro del ámbito jurídico, especialmente, en material procesal, mas, para este texto –a menos que hagamos una mención específica– nos referiremos siempre al sentido expresado inicialmente.

calidad jurídica. En este sentido, la actividad judicial implica siempre un ejercicio de poder. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros operadores jurídicos como los que conforman el poder ejecutivo o el legislativo, la legitimidad de las decisiones judiciales no está determinada por su representatividad, sino por la comprobación de los hechos y su subsunción al derecho. Así pues, la labor de los jueces también implica un ejercicio epistémico o de saber (Ferrajoli, 2004).

De esta forma, la regulación de las pruebas en el proceso puede considerarse como un problema epistémico, en la medida en que se relaciona con la constatación de la ocurrencia de un hecho consagrado en la norma (Taruffo, 2005, p. 79). Empero, no puede considerarse un problema exclusivamente epistémico, puesto que con base en dicho conocimiento el juez puede adoptar decisiones que afectan a terceros. Dado que la actividad judicial combina las dimensiones aludidas, el diseño de los procesos correspondientes no es neutral, sino que tiene importantes implicaciones desde el punto de vista axiológico.

En lo que respecta al proceso penal, la conjunción de ambos componentes resulta aún más relevante. Dado que la pena constituye la sanción más intrusiva que se puede imponer al ciudadano, las implicaciones axiológicas de implementar un modelo epistémico determinado son especialmente gravosas. Mientras que en materia civil o administrativa el resultado de una decisión injusta o arbitraria puede tener como consecuencia la imposición de una obligación pecuniaria o la restricción de un derecho político –por poner un ejemplo–, en materia penal el resultado será la privación de la libertad ambulatoria o, incluso, de la vida.

Así, las normas que delimitan cómo se deben obtener y valorar las pruebas no solo establecen la ruta epistémica que deben seguir los jueces para verificar la ocurrencia de un hecho, sino que expresan un límite al poder decisorial de estos últimos. En consecuencia, el esquema epistémico del proceso penal es, a su vez, un dique que limita los alcances del ejercicio del poder punitivo del Estado en el escenario jurisdiccional. Estaríamos hablando, entonces, de un asunto de diseño institucional (Broncano, 2020).

En efecto, la potestad judicial es la única potestad jurídica que está condicionada por la comprobación de un hecho y no, como ocurre frente a otros poderes públicos, por la representatividad democrática

de las decisiones. De esta forma, es –o debería ser– indiferente si las mayorías abogan por el castigo de un sujeto, o la persecución de un grupo particular: la actividad del juez responderá a la comprobación de los hechos contenidos en la norma, y la imposición de la pena que esta última consagre. Por ello, Ferrajoli afirma que “No hay jurisdicción donde no hay una comprobación de hechos y de derecho” (2004, p. 233). La comprobación es, entonces, el elemento definitorio de la jurisdicción con respecto a otras actividades jurídicas que implican poder decisorio.

Tal comprobación, sin embargo, no se lleva a cabo de manera arbitraria, sino que está condicionada por la regulación legal de la prueba que, en materia penal, se liga íntimamente a las garantías con las que cuenta el procesado. La norma define *ex ante* cuáles son los mecanismos admisibles de adquisición de conocimiento, las reglas de formación de la prueba en el proceso, las reglas de valoración a las que se encuentra sometido el juez y la forma en que se deben exponer en el fallo los juicios relativos a los hechos que se consideran probados. Así, por ejemplo, la prohibición de torturas implica un límite en relación con los medios que pueden emplearse para obtener información sobre un delito, de la misma forma en que la presunción de inocencia establece una restricción con respecto a las consecuencias que puede derivar el operador jurídico de la carencia de información sobre los hechos.

Estas exigencias son las que permiten modular en cada modelo procesal las dimensiones de saber y poder, aludidas al principio del apartado, en tanto las garantías que condicionan la comprobación de los hechos impiden que el procesado deba padecer las consecuencias de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*. En esa medida, su vigencia también constituye una condición de legitimación de la actividad jurisdiccional, al asegurar que la imposición de castigos institucionalizados sea racional y respetuosa de las libertades individuales (Ferrajoli, 2011).

Dado que los procesos penales son la vía para la materialización del poder punitivo del Estado, su configuración debe atender también a las condiciones de legitimación a las que aquel se encuentra sometido. En un Estado constitucional, tales condiciones surgen de la constatación de que los costes derivados de la imposición de penas institucionalizadas son inferiores a sus beneficios. Empero, tal análisis no solo tiene en cuenta el interés de la mayoría no desviada en la prevención de los delitos,

sino además el de la minoría desviada en la prevención de los castigos arbitrarios. En ambos casos lo que se pretende es proveer protección a los derechos fundamentales del más débil. Así, mientras que los tipos penales constituyen una salvaguarda frente a la violencia del delito, las garantías penales y procesales lo son frente a la violencia del aparato punitivo (Ferrajoli, 2011, Prieto Sanchís, 2015, p. 61).

En consecuencia, los esquemas epistémicos que sirven como límite a la actividad jurisdiccional son, a su vez, mecanismos que protegen al procesado de la situación de desventaja en la que se encuentra dentro del proceso penal¹². A diferencia de lo que ocurre en otras especialidades, el sujeto pasivo del proceso penal se encuentra, por regla general, en una situación de desventaja con respecto a su contraparte. Teniendo en cuenta que el titular de la acción penal es el Estado, la posición epistémica del procesado siempre es desigual, incluso en modelos procesales acusatorios o predominantemente acusatorios.

Así, pese a que jurídicamente se establezca la separación entre quien acusa y quien juzga, y que las partes estén, teóricamente, en igualdad de condiciones, lo cierto es que la posición del procesado no puede equipararse a la del Estado (Maier, 1999, p. 578). Primero, porque este último cuenta con recursos y prerrogativas en materia de investigación con las que el procesado no. Piénsese, verbigracia, en los allanamientos o las interceptaciones de comunicaciones¹³.

¹² Es importante aclarar que con esta afirmación no se pretende desconocer, ni mucho menos, el hecho de que otros sujetos del proceso puedan encontrarse también en situación de desventaja epistémica; tal y como ha sido denunciado, por ejemplo, con relación a las víctimas de violencia de género. Empero, dicha cuestión excede el objeto del presente texto.

¹³ En el caso colombiano, incluso cuando la defensa puede desarrollar diligencias investigativas de manera autónoma, no por ello cuenta con iguales posibilidades que la Fiscalía, en la medida en que esta última puede acceder a un abanico de actividades investigativas más amplio. Ello se suma al hecho de que, con la entrada en vigencia del sistema acusatorio, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, se ha entendido que dicha entidad no está obligada a adelantar una investigación integral, que abarque tanto lo favorable como lo desfavorable al reo. En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1194/05, ha considerado que la naturaleza adversarial del proceso supone que el acusador solo está obligado a recaudar el material de convicción requerido para soportar la acusación, siempre que, de encontrar evidencia favorable al procesado, esta sea revelada a la defensa.

Segundo, porque el solo hecho de estar incurso en un proceso penal reduce las posibilidades de participación social del sujeto, no solo por las medidas cautelares a las que se le puede someter, sino por la carga discursiva que surge de que una autoridad afirme que es autor o participe de un delito. En este sentido, se puede ofrecer como ejemplo el efecto perverso que tienen los registros en bases de datos del sistema penal sobre el acceso al mercado laboral (Escobar, 2018, p. 512)¹⁴, o la presión ejercida por los medios de comunicación en casos mediáticos (Gómez-Colomer, Forthcoming).

Esta desigualdad implica que el procesado cuenta con menores recursos epistémicos para hacer valer su defensa en el proceso. Teniendo en cuenta que sobre él recae ya una hipótesis acusatoria propuesta por una autoridad, el punto de partida para su defensa es epistémicamente desigual al del acusador. Si a ello se suma, además, el hecho de que este último cuenta con mayores posibilidades de adquirir información acerca de lo ocurrido, y que el acusado pierde credibilidad ante el conglomerado social, entonces es claro que el proceso penal implica una desventaja epistémica para quien lo enfrenta.

Es importante aclarar, no obstante, que la situación de desventaja en la que se encuentra el procesado no es la misma en todos los sistemas procesales. Precisamente, la incorporación de mecanismos para favorecer la igualdad entre las partes y la racionalidad de los juicios incide de manera decisiva en la posibilidad de que se produzcan decisiones arbitrarias. Naturalmente, la situación del procesado no será igual en aquellos sistemas en los que la defensa cuenta con la posibilidad de desarrollar actividades investigativas autónomas, o en los que las decisiones judiciales exigen una alta carga de motivación, en comparación con aquellos en los que no existen tales mecanismos.

No obstante, la existencia de las instituciones mencionadas no implica que el procesado deje de ser la parte débil en el proceso, sino

¹⁴ En algunos casos, dicha limitación incluso se encuentra prevista legalmente: el art. 29, num. 3º, del Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007) establece que las personas que se encuentren privadas de la libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento no podrán ejercer la abogacía. Ello, pese a que el Código de Procedimiento Penal incluso prevé la posibilidad de otorgar permisos para trabajar en el exterior a aquellas personas sometidas a detención preventiva en el domicilio.

que, por el contrario, refuerza la idea de que resulta necesario contar con salvaguardas institucionales que lo protejan de las arbitrariedades que pudieran derivarse de su condición. En este contexto, la regulación legal de la obtención y la valoración de las pruebas podría considerarse como un filtro que evita que la posición de desventaja en la que se encuentra el acusado dé lugar a situaciones de injusticia. Por ello, los esquemas garantistas propician estructuras epistémicas en las que la declaratoria de responsabilidad se condiciona a la comprobación de la hipótesis acusatoria, y no de las hipótesis alternativas (Ferrajoli, 2011; Ferrer, 2020 & 2021, pp. 44 y ss.).

Esta estructura se expresa en una serie de garantías que aseguran que el error epistémico siempre se resuelva en favor del sujeto en desventaja. De esta forma, no solo se exige que la responsabilidad penal sea consecuencia de un juicio (principio de jurisdiccionalidad), sino que este sea iniciado a raíz de una acusación (principio acusatorio), cuya hipótesis debe ser probada por quien la postula (principio de carga de la prueba o verificación), habiendo ofrecido oportunidades al procesado para contradecirla (principio de defensa) (Ferrajoli, 2011).

Así, las garantías procesales conforman un esquema epistémico que, al condicionar la forma en que se obtiene y valora la información aportada por las partes, previene que la situación de desigualdad en la que se encuentra el procesado se transforme en una injusticia epistémica. En últimas, este constituye el filtro final para impedir que otras posibles fuentes de injusticia epistémica, presentes a lo largo de los procesos de criminalización primaria y secundaria, deriven en la imposición arbitraria de penas a quienes las han padecido.

En términos de Fricker (2007), uno podría identificar tres posibles fuentes de injusticia epistémica dentro de dichos procesos. Primero, en la producción de las normas penales es factible que se refuercen situaciones de injusticia al propiciar formas de persecución selectivas que afectan especialmente a ciertos colectivos. Tal es el caso, por ejemplo, de los fenómenos de criminalización de grupos sociales marginales en Latinoamérica, a partir de la segunda mitad del siglo XX (Iturralde, 2007).

Segundo, en la actividad desplegada por los operadores del sistema penal, frente a la identificación de conductas delictivas y su judicialización, es posible establecer ciertos patrones de persecución que se reflejan en

la conformación de la población penitenciaria. Este es, verbigracia, el fenómeno que han denunciado algunos autores con respecto a la población afroamericana en Estados Unidos (Simon, 2020), a los inmigrantes en España (Daunis, 2021) o, recientemente, a los migrantes venezolanos en Colombia (Wolf, 2022).

Finalmente, en el desarrollo de los procesos penales es posible que la desigualdad entre el sujeto pasivo del proceso y el Estado se convierta en una forma de injusticia, en la medida en que el diseño institucional adjudique el error al sujeto en desventaja, favoreciendo la condena de inocentes¹⁵.

Partiendo de la propuesta de la autora, sería posible afirmar que este último tipo de injusticia epistémica constituye una injusticia testimonial, esto es, aquella en la que el hablante ve disminuida su credibilidad como resultado del prejuicio identitario vertido sobre él (Fricker, 2007, p. 23)¹⁶.

En el caso referido, la credibilidad del procesado se encuentra disminuida, precisamente, como consecuencia de su condición. Empero, ante la existencia de garantías que condicionan epistémicamente la decisión jurisdiccional, dicha situación no puede considerarse injusta. Puesto que el propio diseño institucional evita que la hipótesis acusatoria se vea favorecida por tal circunstancia, la desigualdad entre el procesado y el Estado no deriva en la atribución del error en el juicio sobre el primero. De esta forma, las garantías impiden que la desventaja en la que este se encuentra dé lugar a penas arbitrarias.

En cambio, cuando dichas garantías se limitan, el procesado debe hacer un esfuerzo desmedido para hacer valer su defensa, en tanto ya existe una hipótesis en su contra que deriva en la conformación de una

¹⁵ Por ello, en términos epistémicos, el establecimiento de estándares probatorios exigentes, coherentes con la presunción de inocencia, puede considerarse como una institución virtuosa que previene los riesgos de abuso y error (Ramírez Ortiz, 2020, Vera Sánchez, 2022).

¹⁶ En sus formulaciones más recientes, la autora ha modificado su posición, ampliando el concepto a colectividades (Fricker, 2017). Un trabajo muy interesante sobre un grupo poblacional no identitario sería el de los migrantes, Allison B. Wolf (2022) demuestra que existen injusticias epistémicas en el conjunto de migrantes venezolanos en Colombia.

creencia acerca de su responsabilidad penal, no solo en el juez, sino en el conglomerado social que ejerce presión sobre él.

Este, a su vez, puede considerarse aisladamente, como el resultado de la existencia de una hipótesis acusatoria en la que se afirma que el sujeto es autor o partícipe de un delito, o bien de manera conjunta, como la consecuencia de la conjunción de otras injusticias epistémicas anteriores como las relacionadas con la criminalización y persecución selectiva de ciertos grupos sociales por parte del sistema penal. Así, por ejemplo, frente a un procesado afrodescendiente, es posible plantear la existencia en el juzgador de un doble prejuicio. Primero, en atención a un sesgo de tipo racial y, segundo, en atención a la existencia de una acusación¹⁷.

De este modo, si bien el prejuicio surgido del proceso de criminalización secundaria puede agravar otros prejuicios preexistentes, no se confunde con ellos, sino que tiene entidad propia. Por ende, incluso si no concurrieran otras fuentes identitarias es posible afirmar que la reducción de las garantías procesales podría dar lugar a injusticias epistémicas¹⁸.

En este sentido, se habla de “otras” fuentes identitarias en la medida en que la etiqueta de delincuente también configura la identidad del sujeto que la soporta. Si bien se trata de una etiqueta socialmente construida, no por ello su atribución deja de convertirse en parte de esta última. Al respecto, las teorías criminológicas del *labelling approach* ya han señalado los efectos que tiene la judicialización del sujeto, planteando que el solo hecho de ser sometido a un proceso penal constituye una “ceremonia de degradación social” (Garfinkel, 1956) sobre su estatus lo que, a la par, repercute en la adscripción de una nueva identidad (Lemert, 1951). Así pues, una vez los individuos han sido etiquetados como delincuentes, usualmente deben enfrentar nuevos problemas que surgen de las reacciones frente al estereotipo negativo vinculado con tal etiqueta. Esta, no obstante, es independiente de la infracción de la norma penal. Es decir, es posible encontrar sujetos que llegan a ser definidos como delincuentes sin haber infringido la norma, y otros que habiéndolo hecho no llegan a ser nunca seleccionados por el sistema (Becker, 1963, pp. 20). Por ello, la identidad que se atribuye a ciertos sujetos bajo tal

¹⁷ Este es el caso paradigmático de Tom Robinson, personaje de *Matar a un ruiseñor*.

¹⁸ Este es el caso de Michael Peterson, protagonista del documental *The Staircase*.

etiqueta surge como consecuencia del proceso de criminalización y no necesariamente de la comisión de un delito.

Dicha circunstancia es la que determina que la ausencia de garantías procesales pueda ser considerada como una fuente de injusticia epistémica. En efecto, tales garantías son las que evitan que la condena se produzca como resultado del prejuicio que se cierne sobre el sujeto identificado como delincuente y no de la comprobación de un delito. Este es, entonces, el esquema que determina que una condena penal pueda ser considerada justa en términos epistémicos.

Así pues, el diseño del proceso penal constituye un elemento determinante en la contención de las injusticias epistémicas que pudieran surgir en su trámite. Como plantea Broncano (2020, posición Kindle 3833 y ss.), los diseños institucionales pueden ser epistémicamente perturbadores, esto es, pueden tener efectos estructurales sobre la posición epistémica de las personas. Por ello, no resultan indiferentes de cara a las distorsiones injustas en el conocimiento con base en el cual operan. El diseño institucional puede reproducir, mantener o aumentar prácticas insensibles a las desventajas epistémicas de ciertos sujetos, propiciando daños a su rendimiento epistémico. O, por el contrario, compensar situaciones de desigualdad epistémica, evitando que esta derive en situaciones de injusticia.

En el caso del proceso penal, el hecho de que se exija que la responsabilidad sea la consecuencia de un juicio, que debe iniciar siempre a partir de una acusación, cuya prueba le corresponde al Estado, evita que la decisión jurisdiccional sea un mero acto de poder guiado por el prejuicio que se cierne sobre el procesado. Si, en cambio, se planteara que la condena es posible sin cumplir con alguna de las condiciones aludidas, entonces se abriría la puerta para que esta estuviera determinada por la creencia incontrastada en la calidad de delincuente del sujeto, y no en la comprobación de su responsabilidad.

3. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: ¿UNA FUENTE DE INJUSTICIAS EPISTÉMICAS?

Como se planteó en el apartado anterior, el diseño institucional del proceso penal es el que evita que la desigualdad en la que se encuentra el

procesado se convierta en injusticia. En efecto, este debe enfrentarse con la existencia de una hipótesis acusatoria, con base en la cual se refuerza el proceso de criminalización que le asigna la etiqueta de delincuente. Dicha etiqueta, a su vez, contribuye a la formación de un prejuicio identitario en su contra que impacta negativamente en la percepción que tiene el conglomerado social acerca de su credibilidad.

La forma en que el diseño institucional previene el surgimiento de injusticias epistémicas es evitando que la condena se produzca como resultado de dicho prejuicio, y no como consecuencia de la comprobación de la responsabilidad del sujeto (Vera Sánchez, 2022). Para ello, los procesos penales garantistas cuentan con un esquema epistémico que exige que la pena se imponga exclusivamente en el marco de un juicio, en el que el Estado debe acreditar su hipótesis, ofreciendo oportunidades de contradicción al procesado.

De esta forma, la jurisdicción constituye la actividad que debe desplegarse para probar que el sujeto ha llevado a cabo una conducta delictiva. Por ende, si dicha prueba no se produce, no es posible afirmar la ocurrencia del delito ni imponer la pena correspondiente. En términos axiomáticos, este esquema podría resumirse en cuatro exigencias: (i) que no haya culpa sin juicio; (ii) que no haya juicio sin acusación; (iii) que no haya acusación sin prueba y (iv) que no haya prueba sin contradicción (Ferrajoli, 2011).

En suma, la confluencia de dichas exigencias supone que el sujeto debe presumirse inocente hasta que se haya acreditado lo contrario, y que tal acreditación haya constituido la base de la sentencia definitiva de condena. En ese sentido, es la prueba de la culpabilidad –y no a la inversa– la que constituye el objeto del juicio (Ferrajoli, 2011, p. 549). Así, el esquema epistémico del proceso penal asigna el error a la hipótesis acusatoria y no a las hipótesis alternativas evitando que, eventualmente y como consecuencia de este último, se produzca la condena de inocentes.

De la presunción de inocencia es posible derivar dos reglas procesales: una, de tratamiento del procesado, y otra, de juicio (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2005, p. 286). En primer lugar, teniendo en cuenta que el sujeto debe considerarse inocente hasta que sea condenado, la primera de dichas reglas exige que su trato sea consecuente con ello. Por ende, la presunción de inocencia constituye una importante fuente

de argumentos en contra de la detención preventiva, ya que esta última supone someter al procesado a una medida ópticamente indiferenciable de la pena, pese a que esta no ha llegado a ser impuesta.

Por otro lado, como regla de juicio, la presunción de inocencia implica que la condena deprecada por el acusador solo puede producirse cuando este ha logrado acreditar los hechos constitutivos de delito. Esta manifestación del derecho es la que corresponde al principio *in dubio pro reo*, que obliga al juez a dictar una sentencia absolutoria en aquellos supuestos en que las pruebas sobre la culpabilidad no resulten concluyentes (Fernández López, 2020, p. 441). De tal suerte que, ante cualquier resquicio de duda, la consecuencia epistémica será la negación de la responsabilidad penal.

El hecho de que la inocencia se asuma como la conclusión, por defecto, de la falta de conocimiento, implica que la carga de aportar el conocimiento necesario para soportar la culpabilidad recae sobre quien postula la hipótesis acusatoria. En efecto, como plantea Armenta Deu (2003), la prueba completa que soporta la culpabilidad debe ser aportada por la acusación, lo que supone que la absolución debe imponerse en cualquier supuesto en el que dicha culpabilidad no queda demostrada.

Ello implica que el procesado podría asumir una defensa pasiva, en el sentido de no aportar pruebas de descargo. En este caso, la ausencia de actividad probatoria de su parte no puede tener consecuencias desfavorables, ya que la duda ha de resolverse, en cualquier caso, a su favor.

En suma, ambas reglas impiden que se genere una injusticia epistémica en la medida en que evitan que una persona deba padecer la privación de la libertad, a partir de la existencia de un prejuicio en su contra y no de la constatación de los hechos por los que se le acusa. Empero, a los efectos del presente texto, es la segunda de dichas reglas la que reviste mayor interés, puesto que esta es la que se ve afectada como consecuencia de tendencias de flexibilización probatoria, como la carga dinámica de la prueba.

La regla de juicio aludida –esto es, que la carga de la prueba en los procesos penales recae sobre el acusador– supone partir de una regla de juicio más general: aquella que remite a la noción de carga de la prueba como mecanismo para resolver los supuestos en que el juez no encuentra en el proceso suficientes pruebas como para tener certeza acerca de los

supuestos que deben soportar su decisión (Devis Echandía, 1981, p. 426). En términos generales, esta se erige como una institución dirigida a atender aquellos casos en que el juzgador no cuenta con suficientes elementos para fallar en favor de una de las partes (Calvinho, 2020, p. 169). Así, se concluye que si una de ellas no ha logrado acreditar los hechos que afirma, estos últimos deben ser considerados falsos y, en consecuencia, el fallo debe serle desfavorable.

En las últimas décadas, sin embargo, dicha visión se ha puesto en jaque desde dos frentes. Primero, un sector de la academia ha criticado la persistencia del concepto por considerar que carece de sentido en sistemas de libre valoración probatoria (Nieva Fenoll, 2019). Así, se postula que mantener la noción de carga de la prueba puede dar lugar a resultados materialmente injustos, en tanto la ausencia de prueba sobre un hecho no implica necesariamente su falsedad, sino exclusivamente la imposibilidad de considerarlo acreditado. En materia penal, no obstante, esta crítica no pareciera compatible con la presunción de inocencia –tal y como está consagrada, por ejemplo, en el sistema jurídico colombiano– en tanto esta última implica que, ante la ausencia de prueba, se declare la inocencia del procesado y no exclusivamente su no culpabilidad.

Segundo, desde los años 80 se ha venido gestando la denominada “teoría de la carga dinámica de la prueba”, que postula que, frente a situaciones excepcionales en las que la tarea de probar resulta especialmente dificultosa para una de las partes, el esfuerzo probatorio debe trasladarse a su contraparte, en tanto esta se encuentra en mejores circunstancias para hacerlo (Peyrano, s.f., p. 971). La propuesta, surgida en el ámbito del derecho civil y comercial, pretende flexibilizar las reglas tradicionales de la carga de la prueba, con el fin de evitar que su aplicación dé lugar a consecuencias manifiestamente problemáticas por favorecer desproporcionadamente a la parte que tiene mayor cercanía con el material probatorio, pero no la carga de aportarlo (Peyrano, s.f., p. 972).

En materia civil, la utilización de cargas dinámicas de la prueba ha sido ampliamente criticada. Dado que la inversión de la carga de la prueba se produce como una regla *ad hoc*, a criterio del juzgador, se ha planteado que la figura afecta la seguridad jurídica, en tanto las partes no llegan a conocer cuál es la distribución de las cargas probatorias hasta que ya se encuentran en el proceso (Corral Talciani, 2012, p. 112). Así mismo, dada

su naturaleza eminentemente jurisdiccional, la carga dinámica de la prueba puede abrir un importante margen para la discrecionalidad judicial, en tanto el criterio que permite determinar cuándo debe invertirse la carga de probar no se encuentra previsto en la norma, sino que depende de la valoración judicial (Palomo Vélez, 2013, p. 462).

Frente a estos riesgos, la doctrina ha planteado que la solución no debería implicar la transformación de la regla de juicio, sino simplemente la posibilidad de que se ordene a la parte que tiene mayor cercanía con el material probatorio su exhibición. De tal manera que se asegure que aquella que no puede acceder al material pueda hacerlo, pero sin que se le releve de la carga de soportar su afirmación (Palomo Vélez, 2013, p. 462).

En el caso de los procesos penales, la flexibilización probatoria que se pretende mediante la figura de la carga dinámica de la prueba no solo pareciera improcedente, sino además innecesaria. En efecto, la presunción de inocencia supone que la carga de la prueba recaiga siempre sobre el acusador, de tal forma que la ausencia de conocimiento sobre los hechos se resuelva en todos los casos a favor del procesado, tal y como ordena el subprincipio conocido como *in dubio pro reo* (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2005, p.398). Si ello es así, no se podría asignar en ningún caso a este último la carga de acreditar los hechos que soportarían su inocencia, puesto que tal exigencia supondría correlativamente el decaimiento de la presunción (Betancourt Restrepo, 2010; Urbano Martínez, 2021).

Pero, adicionalmente, la estructura probatoria del proceso penal colombiano pareciera incompatible con el fundamento de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba (Urbano Martínez, 2021). Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles, en estos la parte que tiene la carga de probar es el Estado, por lo que las dificultades probatorias a las que tendría que enfrentarse no son equivalentes a las de una parte civil. Por regla general, este último cuenta con un abanico más amplio de recursos y potestades para recopilar información que pueda hacer valer en el juicio y, por ende, serán mucho más excepcionales los casos en que la posibilidad de hacerlo dependa de su contraparte, el procesado. Pero, incluso si no se puede llegar a establecer la ocurrencia de un hecho ante la dificultad probatoria, la regla de juicio de *in dubio pro reo* ya establece qué decisión debería adoptar el juez: declarar la inocencia del sujeto procesado.

En el ámbito penal, por ende, la implementación de cargas dinámicas de la prueba no solo resultaría contraria a las garantías que rigen el proceso, sino que además tampoco pareciera tener un sustento equivalente¹⁹. En el caso colombiano, particularmente, la legislación procesal penal niega claramente la posibilidad de que la presunción de inocencia pueda ser objeto de excepciones, estableciendo, además, la prohibición de invertir la carga de la prueba²⁰.

Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido la posibilidad de establecer cargas dinámicas en materia probatoria, frente a aquellos delitos que suponen una mayor dificultad demostrativa para la Fiscalía. Desde antes de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, mediante el Acto Legislativo 003 de 2002, la Sala Penal de la Corte ya había referido de manera expresa la posibilidad de acudir a la figura en comento frente a ciertos delitos. Sin embargo, a partir de la implementación de dicho sistema, las referencias a la figura en las providencias del tribunal se hicieron más recurrentes (Pulecio-Boek, 2012, p. 295).

En vigencia del sistema inquisitivo, su utilización se limitaba a aquellos supuestos de enriquecimiento ilícito de particulares, omisión de agente retenedor o lavado de activos en los que se entendía que el acusado tenía mayor cercanía con los elementos de prueba que permitían establecer el origen o destinación de los recursos. Así, por ejemplo, se sostenía que era el procesado quien podía acreditar las razones que

¹⁹ Este tipo de reglas probatorias parecieran asemejarse más a las lógicas propias de los tribunales de conciencia. Dado que estos últimos juzgaban atentados contra el dogma de fe, el procesado era el único que, en últimas, podía tener el conocimiento directo acerca de su ocurrencia. Por ello, se forzaba la confesión del sujeto a partir de torturas y cuestionarios confusos, al tiempo que la reticencia a responder se consideraba como un indicio de culpabilidad. Sobre los tribunales de conciencia, véase Prosperí (1996).

²⁰ Así, la Ley 906 de 2004 establece en su art. 7° que:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. *En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria*. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (bastardilla fuera de texto).

justificaban el incremento patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754) o la no retención de los dineros correspondientes a la renta en el delito de omisión de agente retenedor (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicado 31147).

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, la aplicación de la figura se amplió bajo la idea de que, ante la desaparición del principio de investigación integral –que exigía que la Fiscalía investigara tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado–, y tratándose de un modelo adversarial, era posible predicar la existencia de cargas probatorias para ambas partes. Así, se comenzó a hacer uso de esta, verbigracia, en casos de homicidio y acceso carnal violento.

En estos casos, sin embargo, el concepto de carga dinámica de la prueba comenzó a emplearse de manera diferente. Ya no se trataba de que el procesado tuviera mayor cercanía con el material probatorio, sino de que en aquellos supuestos en que la defensa alegaba que la prueba ofrecida por la Fiscalía era insuficiente, le correspondía aportar el elemento probatorio correspondiente.

En un caso de acceso carnal violento e incesto, en el que la víctima resultó contagiada de sífilis, la defensa alegó que la Fiscalía tendría que haber practicado un examen para establecer si el procesado portaba dicha infección, puesto que de lo contrario no se podría sostener que había sido el autor del delito. Al analizar el caso, la Corte estimó que, dado que la defensa era quien alegaba la necesidad de contar con una prueba semejante, entonces debió ser ella quien aportara el elemento correspondiente (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 27 de marzo de 2009, radicado 31103).

Un criterio similar se empleó al analizar un caso de homicidio algunos años después. En esta ocasión, se trataba de un sujeto que había accionado un arma en contra de su pareja. En este supuesto, la defensa alegó que, teniendo en cuenta el contexto en el que se produjo el disparo, la Fiscalía debía haber investigado si se trataba de un caso fortuito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 25 de mayo de 2011, radicado 33660). Empero, el alto tribunal consideró que, por tratarse de una circunstancia que podía

repercutir favorablemente en la responsabilidad del procesado, su prueba correspondía a la defensa.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia ha empleado la noción de carga dinámica de la prueba, pero no en el sentido propio del concepto –como la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando la contraparte es quien tiene mayor facilidad para probar– sino como una figura que eximiría a la Fiscalía de probar la no concurrencia de causales de exención de la responsabilidad penal. Por ello, se ha planteado que realmente el uso de la carga dinámica de la prueba no atiende al fundamento de dicha institución en el derecho civil, sino al interés en moderar la carga probatoria que corresponde al ente acusador, con todas las consecuencias que ello puede acarrear (Pulecio-Boek, 2012, p. 296).

Pues bien, esta postura jurisprudencial no solo podría resultar criticable desde las exigencias propias de la presunción de inocencia, sino que pone en evidencia el riesgo que implica la introducción de la noción de carga dinámica de la prueba de cara a la justicia epistémica del proceso.

Al asumir que la Fiscalía no debe ocuparse de aquellas circunstancias que puedan implicar la ausencia de responsabilidad del sujeto, la Corte desconoce que el concepto de delito está conformado por categorías con contenido positivo y negativo (en el sentido de conformar o excluir la responsabilidad penal). Por ende, para cumplir con su carga de acreditar la comisión de un delito, el acusador no solo debe probar que el sujeto llevó a cabo el hecho descrito en la norma, sino que lo hizo sin estar amparado por una causal de justificación o de exculpación. Si luego de aportar las pruebas correspondientes, todavía quedara resquicio de duda en torno a la existencia de una de tales causales, entonces la decisión tendría que favorecer al procesado.

La pretendida inclusión de la carga dinámica de la prueba en materia penal tiene un efecto perverso sobre la operatividad real de las garantías procesales y, con ello, sobre el diseño institucional que previene el surgimiento de injusticias epistémicas. Al atribuir una carga probatoria a la defensa, el tribunal vacía de contenido la presunción de inocencia, puesto que termina por resolver las dudas, en torno a la concurrencia de causales de ausencia de responsabilidad, en contra del procesado. Esta modificación altera estructuralmente el esquema epistémico del proceso, puesto que resta operatividad a una de las garantías que lo definen.

Luego, si como se sostuvo en el apartado anterior, tales garantías son las que evitan que la desventaja epistémica en la que se encuentra el procesado se convierta en una forma de injusticia, entonces la flexibilización probatoria del proceso deriva en su producción. Más aún, si se tiene en cuenta que el uso más reciente del concepto no pretende atender la problemática que dio lugar a su surgimiento, y que soporta su uso en otras áreas del derecho, sino por el contrario a la moderación de la carga probatoria del acusador.

CONCLUSIONES

Usualmente, la noción de injusticia epistémica suele vincularse con la posición de ciertos colectivos cuya credibilidad se encuentra disminuida. Dentro de dicha categoría también pueden encuadrarse supuestos en los que la injusticia está determinada por diseños institucionales que afectan estructuralmente la posición epistémica de los agentes.

Tal es el caso del proceso penal colombiano y las medidas de flexibilización probatoria que se han implementado en décadas recientes, de la mano de la noción de carga dinámica de la prueba. En efecto, el proceso penal constituye un esquema epistémico que condiciona el poder decisorio de los jueces, en función de las reglas acerca de la obtención y valoración de conocimiento sobre los hechos. En modelos procesales garantistas, su diseño impide que la posición de desventaja en la que se encuentra el sujeto criminalizado derive en la configuración de una injusticia epistémica.

En consonancia con este esquema, la presunción de inocencia opera como una regla de juicio que exige que sea el Estado quien acredite su hipótesis acusatoria, y no que sea el procesado quien deba acreditar una hipótesis alternativa. Con ello se distribuye el error epistémico de la manera más consecuente con el derecho a la libertad, esto es, evitando la condena de sujetos inocentes.

Sin embargo, en las últimas décadas la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha empleado la figura de la carga dinámica de la prueba en procesos penales, lo que supone atribuir cargas probatorias a la defensa y limitar la operatividad de dicha presunción. Esta tendencia no solo deforma el diseño institucional que impide que la posición de desigualdad

del procesado derive en una injusticia epistémica, sino que, además, agrava las demás injusticias epistémicas presentes en los procesos de criminalización primaria y secundaria.

En efecto, el diseño institucional, que prevé que el error epistémico del juzgador se resuelva en favor del agente procesado, impide que su posición de desventaja se traduzca en una injusticia. En términos probatorios, ello significa que la presunción de inocencia contrarresta el prejuicio que recae sobre el procesado por el solo hecho de encontrarse incurso en un proceso penal. Precisamente, como afirma Ferrajoli (2011), este último tiene la posición más débil, por lo que el objetivo de las garantías del proceso no es otro que precaver los excesos en el ejercicio del poder punitivo.

En este escenario, atribuir la carga de la prueba al acusador constituye un presupuesto necesario para que la presunción de inocencia sea efectiva. Solo en la medida en que la hipótesis que deba acreditarse sea la acusatoria, y no las alternativas, es posible afirmar que existe un dique epistémico que evita que la posición de debilidad del sujeto se torne injusta. Así, si bien es cierto que instituciones como la motivación judicial, el derecho de contradicción o el principio de objetividad del acusador contribuyen a evitar la condena de inocentes, lo cierto es que los mismos no constituyen un presupuesto suficiente para ello. Siempre que el procesado tenga la carga de acreditar aquellos hechos que soporten la ausencia de responsabilidad, habrá espacio para que el error epistémico derive en injusticia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA, Amalia. (2020). Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho. In: FERRER, Jordi. y VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 141-154). Madrid: Marcial Pons.

ARMENTA DEU, Teresa. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons.

AUDI, Robert. (2015). Testimony as a Social Foundation of Knowledge. En: *Rational Belief* (pp. 237-257). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190221843.003.0013>

BATTALY, Heather. (2023). Access denied: epistemic obstruction and the distribution of knowledge. *Synthese*, 201(6) <https://doi.org/10.1007/s11229-022-04007-z>

BRONCANO, Fernando. (2019). *Puntos ciegos. Ignorancia pública y conocimiento privado*. Madrid: Lengua de Trapo.

BRONCANO, Fernando. (2020). *Conocimiento expropiado. Epistemología política en una democracia radical*, Madrid: Akal, S. A.

BYSKOV Morten Fibieger. (2021). What Makes Epistemic Injustice an “Injustice”? *Journal of Social Philosophy*, 52(1), 1124-131. <https://doi.org/10.1111/josp.12348>

CASTELLOTE, Javier. (2022). El marco interpretativo y la ceguera sobre el daño epistémico. *Estudios de Filosofía*, 66, 113-129. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347688>

BETANCOURT RESTREPO, Sebastián. (2010). La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la Teoría del garantismo penal. *Ratio Iuris*, 5(11), 25-44. <https://doi.org/10.24142/raju.v5n11a1>

CALVINHO, Gustavo. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de derecho*, 77(170), 167-199. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a07>

COADY, David. (2017). Epistemic injustice as distributive injustice, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-6>

GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. (Forthcoming). Una reconsideración del principio de presunción de inocencia y de la libre valoración en el proceso penal: el inicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad. In: RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo y SIERRA SOROCKINAS, David (eds.). *La carga de la prueba y las reglas de flexibilización probatorias*, Bogotá: Tirant Lo Blanch – Universidad de Antioquia.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2012). Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil. *Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes)* (23), 107-117.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía.

DAUNIS, Alberto. (2021). La criminalización de la inmigración como factor de la construcción del mito inmigrante-delincuente. In: PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria (Coord.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Aquilafuente – Ediciones Universidad de Salamanca.

ESCOBAR VÉLEZ, Susana. (2018). Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social. In: GUTIÉRREZ QUEVEDO, Marcela, OLARTE DELGADO,

Ángela Marcela (eds.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa* (pp.493-526). Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. (2020). El derecho a la presunción de inocencia. In: ASECIO MELLADO, José María (dir.), *Derecho Procesal Penal*. (pp.437 – 444), Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERRAJOLI, Luigi. (2011). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi. (2004) *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.

FERRER, Jordi. (2020). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: FERRER, Jordi. y VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 435-464). Madrid: Marcial Pons.

FERRER, Jordi. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

FRICKER, Elizabeth. (2006). Testimony and Intellectual Autonomy. In: SOSA, Ernest & LACKEY, Jennifer. (Eds.). *The Epistemology of testimony* (pp. 225-251). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276011.003.0011>

FRICKER, Miranda. (2007). *Epistemic Injustice, Power and the Ethics of Knowing*, Oxford: Oxford University Press.

FRICKER, Miranda. (2017). Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York: Routledge.

GARFINKEL, Harold. (1956). Conditions of successful degradation ceremonies. *American journal of sociology*, 61(5), 420-424. <https://doi.org/10.1086/221800>

GIROMINI, José G. Y VILATTA, Emilia. (2022). Conceptos sociales, etiquetas y cambio conceptual: un enfoque semántico de la injusticia hermenéutica. *Estudios de Filosofía*, 66, 33-55. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347666>

GOLDSTEIN, Rena Beatrice. (2022). Epistemic Disadvantage. *Philosophia*, 50, 1861–1878. <https://doi.org/10.1007/s11406-021-00465-w>

GRECO, John. (2021). *The transmission of knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press.

HAWLEY, Katherine. (2017). Trust, Distrust, and Epistemic Injustice, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge*

Handbook of Epistemic Injustice (pp. 69-78), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-7>

ITURRALDE, Manuel. (2007). La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías. In: ITURRALDE, Manuel y GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

LEMERT, Edwin M. (1951). *Social pathology: A systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw Hill.

LEONARD, Nick. (2021). Epistemological Problems of Testimony. En: E. N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/testimony-episprob/>

MAIER, Julio B. J. (1999) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto. s.r.l.

MEDINA, José. (2022). Group agential epistemic injustice: Epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues*. 32:320–334. <https://doi.org/10.1111/phis.12221>

MORENO CATENA, Víctor & CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. (2005). *Derecho Procesal Penal (2da. Ed.)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

NIEVA FENOLL, Jordi. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida la carga de la prueba. In: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER, Jordi. & GIANNINI, Leandro J. *Contra la carga de la prueba* (pp. 23-52). Marcial Pons.

NORTH, Douglass. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica,

PALOMO VÉLEZ, Diego. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable toda esta vuelta? *Ius et praxis*, 19(2), 447-464. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122013000200015>

PEYRANO, JorgeW. (s.f.) La carga de la prueba. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*.

POHLHAUS, Jr., Gaile. (2017). Varieties of Epistemic Injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 13-26), New York: Routledge.

PONCE VILLA, Mariela. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

PROSPERI, Adriano. (1996). *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*. Torino: Einaudi.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2015). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- PULECIO BOEK, Daniel. (2012). La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. *Revistas ICDP*, 38(38), 259-300.
- RADI, Blas. (2022^a). Injusticia hermenéutica: un ejercicio de precisión conceptual. *Estudios de filosofía*, 66, 97-110. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347837>
- RADI, Blas. (2022^b). El giro individualista e ideal en la obra de Miranda Fricker: injusticia epistémica e ignorancia. Pre.print. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7458042>
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 201-246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- SIMON, Jonathan., ARIZA, Libardo José, TORRES, Mario Andrés. (2019). *Encarcelamiento masivo: derecho raza y castigo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de Los Andes.
- SULLIVAN, Michael. (2017). Epistemic Justice and the Law, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 293-302), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-29>
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. (2021) *¿Dudar y condenar?: El impacto de las cargas probatorias dinámicas en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá_ Universidad Externado de Colombia.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. (2022). *El estándar de prueba de la duda razonable a través de las propiedades de la lógica difusa: hacia la construcción de una regla heurística*. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor, BOLEA BARDON, Carolina, GALLEGO SOLER, José-Ignacio, HORTAL IBARRA, Juan Carlos & JOSHI JUBERT, Ujala (dirs.) VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente & RAMÍREZ MARTÍN, Guillermo (coords.). *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 1639-1654). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- VEGAS, Jaime. (2006). La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal. STC 31/1981, de 28 de julio. *Persona y Derecho*, (55), 741-767. <https://doi.org/10.15581/011.31852>
- WANDERER, Jeremy. (2017). Varieties of Testimonial Injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 27-40), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-3>

WOLF, Alison B. (2022). Presumed guilty until proven credible: epistemic injustice toward Venezuelan immigrants in Colombia. *Estudios de Filosofía*, 66, 223-243. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.349138>

Authorship information

David Sierra Sorockinas. Docente e investigador de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Bahía. Magíster y abogado de la Universidad de Antioquia. david.sierraso@unaula.edu.co

Mariana Toro Taborda. Docente e investigadora de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga. Magíster en Derecho Penal y abogada de la Universidad EAFIT. mariana.torota@unaula.edu.co

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: We would like to express our gratitude to the Universidad Autónoma Latinoamericana for funding this project (UNLA code 34-000033 and UNLA code 36-000009).

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *David Sierra Sorockinas:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Mariana Toro Taborda*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/12/2022
- Desk review, plagiarism check and transfer to V9N2: 01/02/2023
- Review 1: 24/04/2023
- Review 2: 12/05/2023
- Review 3: 13/05/2023
- Preliminary editorial decision: 21/05/2023
- Correction round return: 05/06/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SIERRA SOROCKINAS, David; TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 949-978, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.798>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime

Principle nemo tenetur se ipsum accusare and the means of evidence attainment in Cybercrime Law

Ana Melro¹

Universidade de Aveiro, Aveiro, Portugal

anamelro@ua.pt

 <https://orcid.org/0000-0001-9710-0574>

RESUMO: Portugal evoluiu muito no que diz respeito à relevância dada aos crimes cometidos em ambiente digital. Tem sido uma preocupação constante, sobretudo, desde 2009, procurar entender o meio particular em que operam os cibercriminosos. Desde a transposição de Diretivas Europeias, até à criação legislativa específica, muito se tem feito nesse campo. Mas o que fica para os meios de obtenção de prova, em particular, no que diz respeito à precaução de salvaguardar um Direito Fundamental do arguido, que é o seu direito à não autoincriminação (*Nemo tenetur se ipsum accusare*)? Em termos de legislação nacional, o que se verifica é que há, ainda, um risco de se ver violado um direito que tem previsão constitucional, por falta de conhecimento do que deverá ser, por exemplo, o procedimento, quando o que se procura obter por parte do arguido é o acesso a uma *password* que protege documentos autoincriminatórios. Assim, aborda-se o direito à não autoincriminação, como, inclusivamente, protegido constitucionalmente, no contexto da Lei do Cibercrime, cujos princípios são os mesmos contidos na Lei processual penal (ou, como defende alguma doutrina, o Direito constitucional aplicado). O artigo aborda o direito processual penal e o direito do arguido à não autoincriminação à luz da Lei do Cibercrime.

¹ Doutora em Políticas Públicas e em Informação e Comunicação em Plataformas Digitais, pela Universidade de Aveiro. Licenciada em Direito, em Gestão e em Sociologia. Frequência do Mestrado em Direito Judiciário. Docente em Ciências Sociais, Investigadora científica, Advogada. Áreas de Investigação: Cibercultura e Ciências da Comunicação, Practicum em Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Meios de obtenção de prova; Prova; Lei do Cibercrime; *Nemo tenetur se ipsum accusare*.

ABSTRACT: *Portugal has evolved with regard to the relevance given to crimes committed in the digital environment. It has been a constant concern, especially since 2009, to understand the particular environment in which cybercriminals operate. From the transposition of European Directives to specific legislative creation, much has been done in this field. But what about the means of obtaining evidence, in particular, with regard to the precaution of safeguarding a Fundamental Right of the accused, which is their right not to self-incrimination (Nemo tenetur se ipsum accusare)? In terms of national legislation, what can be verified is that there is still a risk of seeing a right that is constitutionally foreseen violated, due to lack of knowledge of what should be, for example, the procedure, when what is sought to obtain on the part of the accused is access to a password that protects self-incriminating documents. Thus, the right to non-self-incrimination is addressed, as constitutionally protected, in the context of the Cybercrime Law, whose principles are the same as the ones contained in the Criminal Procedural Law (or, as advocated by some doctrine, the applied Constitutional Law). The article discusses criminal procedural law and the accused right to non-self-incrimination in the light of the Cybercrime Law.*

KEYWORDS: *Means of evidence attainment; Evidence; Cybercrime Law; Nemo tenetur se ipsum accusare.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O direito processual penal como direito constitucional aplicado: breves considerações; 1.1. Distinção entre princípio da presunção de inocência, direito ao silêncio e à não autoincriminação; 2. Meios de obtenção de prova no Direito Processual Penal e o direito à não autoincriminação; 3. Lei do Cibercrime, lei n.º 109/2009, de 15 de setembro; 3.1. Meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime e o direito à não autoincriminação; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

No cumprimento do que tem sido uma das principais preocupações do legislador ordinário, a de acompanhar a evolução social, em 2009,

é transposta, para o ordenamento jurídico português, a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação. Preocupação essa que, inevitavelmente, está em linha com a rápida evolução das Tecnologias de Informação e Comunicação, já identificadas por Ribeiro, Cordeiro e Fumach².

Recuando ainda mais, poder-se-á afirmar que já o legislador constitucional, em 1976, previu a relevância do que seriam as comunicações eletrônicas e a proteção dos Direitos Fundamentais (DF) dos cidadãos a esse nível. Culminando, em 1997, com a que viria a ser a redação atual do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que, para o que aqui releva, se transcreve:

Artigo 35.º Utilização informática [...]

2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. [...]

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. [...]

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. [...]³

Por outro lado, apesar de o texto constitucional não prever especificamente o direito à não autoincriminação do arguido, a verdade é que o artigo 32.º da CRP contém garantias que não se contendem com a violação desse direito, prevendo explicitamente outras que são um seu apanágio, como a presunção da inocência ou a cominação com nulidade

² RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães, CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso e FUMACH, Débora Moretti. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 3, p. 1463-1500, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3>.

³ Constituição da República Portuguesa.

qualquer meio de obtenção de provas que implique uma intromissão na vida privada, nomeadamente, as telecomunicações (entre outras formas ofensivas à intimidade da vida privada).

Assim, serão estes os tópicos do presente artigo. Por um lado, (1) apreciar brevemente o contexto do direito processual penal enquanto o que vários autores defendem como sendo direito constitucional aplicado⁴⁵ e, neste âmbito, destacar o direito à não autoincriminação e distingui-lo do princípio de presunção da inocência e do direito ao silêncio. Partindo daqui, (2) fazer referência aos meios de obtenção de prova em processo penal, especificamente, os mais gravosos, como as escutas telefónicas, para depois terminar com uma (3) breve análise à Lei do Cibercrime e aos meios de obtenção de prova e o direito à não autoincriminação do arguido nesse contexto legal e como estão contemplados. O artigo organiza-se, então, nestas três secções principais.

Ao longo do artigo pretende responder-se a algumas questões relacionadas com o direito do arguido à sua não autoincriminação, nomeadamente, em contexto informático, entre as quais: qual a relevância da distinção entre direito e princípio aplicada ao *nemo tenetur*? O direito à não autoincriminação do arguido deverá evoluir no mesmo sentido em que evoluem as ferramentas informáticas (e os crimes praticados por meio destas ferramentas)?

1. O DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO: BREVES CONSIDERAÇÕES

José António Barreiros⁶ abriu o seu artigo intitulado “A Nova Constituição Processual Penal” com a seguinte afirmação: “O Direito processual penal, em abstracto, é uma ordem jurídica infra-constitu-

⁴ ANTUNES, Maria João. Direito processual penal – “direito constitucional aplicado”. In *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 745 e ss., 2009.

⁵ SILVA, Germano Marques da e SALINAS, Henrique. Artigo 32.º. In MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (Eds.). *Constituição Portuguesa Anotada: Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 709, 2005.

⁶ BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, p. 425 e ss., 1988. Disponível em <https://portal.ordemadvogados.pt>

cional”⁷, algo que já seria defendido por Figueiredo Dias, em 1974⁸ e, posteriormente, em 1976⁹. Mais recentemente, Maria João Antunes¹⁰, seguiu a mesma linha, defendendo o Direito Processual Penal como Direito Constitucional aplicado.

Ao longo dos anos, também os tribunais portugueses têm adotado esta perspetiva. Assim, vários são os acórdãos que, expressamente, referem aquele paradigma. Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do STJ, de 10 de outubro de 2007, Processo n.º 07P3742, Relator Pires da Graça¹¹, de 21 maio 2008, Processo n.º 08P1795, Relator Armindo Monteiro¹², do Tribunal da Relação do Porto, de 09 abril 2008, Processo n.º 0840367, Relatora Airisa Caldinho¹³, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de junho de 2007, Processo n.º 4251/2007-5, Relator Nuno Gomes da Silva¹⁴.

Na senda do que vinha defendendo Figueiredo Dias¹⁵, Mário Ferreira Monte¹⁶ explicita que também ao direito processual penal no âmbito do direito judiciário podem ser dados dois sentidos: por um lado, “é inegável que a Constituição se oferece como matriz referencial do direito processual penal. [...] Por outro lado, da leitura daquelas normas resulta

[oa.pt/upl/%7Bfb2bda40-2883-4766-a66d-a671b126eb50%7D.pdf](https://portal.oa.pt/upl/%7Bfb2bda40-2883-4766-a66d-a671b126eb50%7D.pdf). Acesso em: 02 jan. 2023.

⁷ BARREIROS, José António, *op. cit.*, p. 425.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. A Nova Constituição da República e o Processo Penal. p. 99 e ss., 1976. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bbc2145f1-946b-4932-9eb9-7a07eec4d1ed%7D.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

¹⁰ ANTUNES, Maria João. Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional. *Revista Julgar*, Braga, n. 21, p. 89 e ss., 2013. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/06-M-J-Antunes-jurisprudencia-TC-penal.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022. <https://doi.org/10.48021/978-65-252-5683-2-c1>.

¹¹ <https://jurisprudencia.pt/acordao/135431/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹² <https://jurisprudencia.pt/acordao/134479/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹³ <https://jurisprudencia.pt/acordao/17877/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁴ <https://jurisprudencia.pt/acordao/79971/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual*.

¹⁶ MONTE, Mário Ferreira. *Direito Processual Penal Aplicado*. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2016.

claramente a definição – ou o sentido – das finalidades do processo penal [...] e dos seus princípios estruturantes [...]”¹⁷.

Assim, para o que no presente contexto releva, são vários os preceitos constitucionais que o legislador ordinário necessitou considerar no direito processual penal e que o aplicador do direito deve levar em linha de conta quando atua nesse âmbito. Desde logo, com aplicação direta no processo penal, os artigos 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º da CRP. Mas podem, ainda, indicar-se como tendo influência os artigos 3.º, 13.º, 18.º, 20.º, 21.º, 24.º, 25.º, 26.º, 33.º, 34.º e 35.º da CRP.

Tratou a presente secção de apresentar uma breve reflexão e contextualização da forma como a doutrina perspetiva a aplicação do direito processual penal português, considerando a evidente força constitucional. De seguida, far-se-á, à luz desses preceitos constitucionais, a distinção entre o que são os direitos à presunção da inocência, ao silêncio e à não autoincriminação.

1.1. *DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO*

Três direitos plasmados na CRP (melhor explicando, um deles explicitamente referenciado, enquanto os outros apenas surgem como resultado da aplicação indireta de outros direitos e/ou princípios) são a presunção da inocência, o direito ao silêncio e a não autoincriminação, todos relativos ao arguido em processo penal.

O princípio da presunção da inocência vem previsto no artigo 32.º, n.º 2 da CRP, enquanto o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação (ou, em latim, *nemo tenetur se ipsum accusare*) encontram proteção constitucional através dos artigos 20.º, n.º 4, 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 4, 28.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2, 5, 7 e 8^{18 19}.

¹⁷ MONTE, Mário Ferreira, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹⁸ CORREIA, Hélder Santos e NEVES, Rita Castanheira. A Lei do Cibercrime e a colaboração do arguido no acesso aos dados informáticos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Lisboa, n. 38, p. 146 e ss., 2014. Disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4377/documento/fp02.pdf?id=5591>. Acesso em: 20 dez. 2022.

¹⁹ De acordo com SILVA, Sandra Oliveira e . *O arguido como meio de prova contra mesmo: considerações em toro do princípio «nemo tenetur» se «ipsum accusare»*.

Não obstante, como refere o acórdão n.º 298/19, do Tribunal Constitucional (TC):

II - A Constituição não consagra expressis verbis o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas *tal não impede o seu reconhecimento como um princípio constitucional implícito a que corresponde um direito fundamental não escrito que, em sentido amplo, abrange, na sua área nuclear, o direito ao silêncio propriamente dito e desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que esteja em causa a prestação de informações, a entrega de documentos ou outras formas de colaboração e que correspondem a zonas de proteção mais periféricas; no processo penal a intervenção do princípio *nemo tenetur* (e, portanto, dos direitos dele decorrentes) ocorre sob duas formas distintas: preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação; e, repressivamente, proibindo a valoração de meios de prova recolhidos com aproveitamento duma colaboração imposta ao arguido.²⁰ (Negrito da autora).*

Sobre o direito à presunção da inocência, no presente contexto, não há muito que se possa acrescentar ao que explicitamente é vertido na norma constitucional. Primeiro porque se entende que a norma é autoexplicativa. Mas também porque não é esse o objetivo do artigo, surgindo aqui apenas como um esclarecimento relativamente a dois direitos que aparecem frequentemente associados: presunção da inocência e limitação à não autoincriminação.

Já o direito à não autoincriminação decorre de outro com aplicação prática no processo penal português, que é o direito do arguido ao silêncio (artigo 61.º, n.º 1, d) do Código de Processo Penal (CPP), não podendo quaisquer omissões (aqui entendido no sentido contrário à ação de falar ou de ser parte ativa no processo, de facultar meios de

Coimbra: Edições Almedina, p. 153 e ss., 2019, o princípio *nemo tenetur* é, ainda, uma decorrência dos artigos 1.º, 2.º, 25.º, 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 1 e 5 CRP.

²⁰ Acórdão do TC, relativo ao processo n.º 1043/17, Relator Juiz Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190298.html>. Acesso em 06 nov. 2022.

prova que contribuam para a convicção da sua culpa) desfavorecê-lo ou prejudicá-lo (artigo 343.º, n.º 2 do CPP).

Portanto, se, por um lado, o direito à não autoincriminação implica essas duas faculdades detidas por parte do arguido – remeter-se ao silêncio, seja qual for o momento processual em que se encontre e não contribuir ativamente para a sua própria inculpação, facultando meios de prova –, a presunção da inocência implica que, enquanto essas duas faculdades não forem pelo arguido afastadas e não se provar que, efetivamente, é culpado (e a sentença que o fizer não transitar em julgado), então, terá que ser tratado como inocente. Ou seja, o primeiro direito poderá contribuir para que se construa e mantenha o segundo.

Nesta linha de pensamento encontra-se Costa²¹, que explica, precisamente, a inter-relação existente entre o direito à não autoincriminação e a presunção da inocência. Para tal, recorre aos princípios fundamentais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que relaciona o direito à não autoincriminação com o direito ao silêncio do arguido e, consequentemente, culminando com a sua presunção de inocência, em duas linhas fundamentais: por um lado, pela obrigatoriedade de respeitar a vontade de o arguido se remeter ao silêncio e, por outro lado, pelo facto de todos os meios de prova através dos quais se constrói a acusação contra o arguido não poderem recorrer a práticas de coação ou opressão, em total desrespeito da sua vontade e dignidade²².

Aliás, continua a autora na explicação dos três sentidos possíveis atribuídos ao *nemo tenetur* pelo TEDH, quando em situação de obtenção de informação por parte do arguido e sobre ele. Assim, podem distinguir-se

- i) situações em que o uso de poderes coercivos se destina a que o acusado *preste declarações*, estando em causa o direito ao silêncio;
- ii) situações em que o uso dos poderes coercivos visa a obtenção de informações através da *entrega de documentos pelo acusado*; iii)

²¹ COSTA, Joana. O princípio do *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 128, p. 117 e ss., 2011 <https://doi.org/10.11606/d.2.2017.tde-11122020-011515>.

²² COSTA, Joana, *op. cit.*, p. 118.

situações em que o uso dos poderes coercivos se relaciona com a *obtenção de material corpóreo do acusado para análise*.²³

Conclui-se esta secção com Lima²⁴, afirmando com a autora que tanto o direito ao silêncio como o *nemo tenetur* são DF do arguido em processo penal e que, não sendo sinónimos²⁵, estão intimamente relacionados. Arriscando, mesmo, dizer-se que o segundo depende do primeiro, sendo que este implica os três sentidos atribuídos ao *nemo tenetur* pelo TEDH vistos anteriormente.

2. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO²⁶

Chegados aqui, após o que foi a reflexão em torno do direito à não autoincriminação, será pertinente abordar a sua relação com os meios de obtenção de prova em processo penal. Começa por tratar-se o que se entende por prova. De acordo com Meireles²⁷ “A prova será, então, entendida como um mecanismo de descoberta, por aproximação

²³ COSTA, Joana, *op. cit.*, p. 118.

²⁴ LIMA, Sofia Belo Campos de. *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal*. Dissertação de Mestrado em Direito,, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

²⁵ LIMA, Sofia Belo Campos de, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ O direito à não autoincriminação tem a sua designação latina na expressão *nemo tenetur se ipsum accusare*. Segundo SATULA, Benja. *Nemo tenetur se ipsum accusare*. Direito ou princípio?. *JURIS*, vol. 1, n. 2, p. 7 e ss., 2016. Disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/juris/article/view/9171>. Acesso em: 20 dez. 2022, as origens deste direito estão relacionadas com um outro princípio, bem mais antigo, em latim *nemo tenetur prodere seipsum*. De acordo com o qual, “nenhuma pessoa pode ser compelida a trair-se a si própria, publicamente”, como diria o autor desta frase, São João Crisóstomo. Este direito teve a sua transposição para ordem jurídica ocidental através do direito canónico, com a tradução “nenhuma pessoa deve ser obrigada a fazer acusações contra si própria”, pp. 8-9.

²⁷ MEIRELES, Ana Isa Dias. *A prova digital no processo judicial*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade do Minho, Braga, 2022.

ou distanciamento, daquilo que é a verdade.”²⁸ e “a prova será a verdadeira tentativa de reconstituição da realidade ou, melhor, um dos meios de tentativa de reconstituição da realidade a par, também, dos factos.”²⁹. Através de diversificados meios da sua obtenção que os Órgãos de Polícia Criminal (OPC) têm à sua disposição para que se alcance aquela reconstituição dos factos e a verdade.

O que se almeja com o direito à não autoincriminação é garantir que o processo penal é equitativo para o arguido. Assim, os meios de obtenção de prova têm que cumprir, entre outros, mas para o que aqui releva, os princípios constitucionais consagrados nos artigos 24.º, 25.º, 34.º e 32.º n.º 8 da CRP. Caso assim não se realize, então, são os meios de obtenção de prova cominados com a nulidade, o que, conforme expressamente concretiza o CPP, se traduz na aplicação do efeito à distância às provas assim obtidas (artigo 126.º, n.º 1 CPP).

Já no que diz respeito aos métodos, estes “são, de acordo com a etimologia da palavra, os “caminhos a percorrer” para se atingir determinado fim – e, por decorrência, a proibição tem o sentido de delimitar negativamente os *modus* de aquisição de certo conhecimento no processo.”³⁰.

Assim, facilmente se conclui que o direito à não autoincriminação é constitucionalmente protegido, podendo o arguido remeter-se ao silêncio (não prestar quaisquer outros meios de prova que o possam prejudicar), presumindo-se a sua inocência até trânsito em julgado da sentença, sendo proibido qualquer meio de prova “que viole a vida humana, obtida mediante tortura, maus-tratos, tratamentos degradantes ou desumanos, aquela que viole a integridade moral, ofenda a integridade física ou, ainda, aquela que resulte de uma intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”³¹ do arguido. Mas, outros contextos há em que este direito à não autoincriminação não é tão linear assim.

²⁸ MEIRELES, Ana Isa Dias, *op. cit.*, p. 4.

²⁹ MEIRELES, Ana Isa Dias, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ GAMA, António *et al.* *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal - Tomo II - Artigos 124.º a 190.º*. Coimbra: Edições Almedina, p. 44, 2021.

³¹ MEIRELES, Ana Isa Dias. *A prova digital*, p. 5.

Não nos detendo muito sobre isso, mas dada a complexidade em garantir o direito à não autoincriminação e, por isso, é de relevar que se refira, é o âmbito dos crimes tributários. Assim, enquanto regulador, poderá a Administração exigir dos contribuintes a prestação de esclarecimentos no respeito pelo dever de colaboração previsto, por exemplo, no n.º 1 do artigo 59.º da Lei Geral Tributária (LGT). Este dever implica o dever do contribuinte de prestar informações, sempre que a Administração o exija, facultar documentos relevantes para o esclarecimento de dúvidas relativas à sua situação contributiva, no cumprimento do que vem estipulado no n.º 4 da mesma norma legal³².

Ora, em situação de descoberta de crime, estas informações podem depois ser remetidas ao Ministério Público (MP), que investiga com base nas mesmas e as poderá usar em sede de acusação. Não será esta uma entorse ao direito à não autoincriminação do arguido? Parece entender-se que sim. Aliás, como bem esclarece o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Relator João Lee Ferreira, “Trata-se em todo o caso de um direito que não é absoluto e que se deve entender como sujeito à ponderação com outros interesses e com deveres de colaboração, nomeadamente no âmbito do Direito Fiscal.”³³

³² A este respeito veja-se o acórdão n.º 279/2022, processo n.º 1093/2021, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Benedita Urbano. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220279.html>. Acesso em: 02 jan. 2023, “Assim se conclui, portanto, que a recusa do arguido na revelação da palavra-passe não veda efetivamente o acesso aos dados informáticos, ao abrigo do *nemo tenetur*, apenas fazendo com que tenha que haver, mais tarde, um desbloqueio técnico da palavra-passe.

Isto é, e utilizando uma expressão coloquial, a existência desses processos “concorrentes” pode servir para contornar, mais ou menos habilmente (e de forma inaceitável e constitucionalmente desconforme), esta proibição, “entrando pela janela” (por efeito da obrigação de prestação de declarações ou de junção de documentos nesses outros processos, com eventuais consequências gravosas, incluindo criminais, para o incumprimentos das obrigações legais inerentes a esses outros processos) o que nunca poderia “entrar pela porta” num processo criminal (recorrendo-se à junção de elementos probatórios relativos a esses processos para obviar ao silêncio do arguido ou à impossibilidade de lhe impor que junte esses documentos).”

³³ Acórdão do processo n.º 483/15.4IDL5B-3, de 14/03/2018. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/4F697801A7E4B393802582CC0050ACCF>. Acesso em: 02 jan. 2023.

Ou seja, em ponderações com outros direitos (ou deveres), é o da não autoincriminação colocado em suspenso, podendo o arguido previamente a esta sua condição ser induzido a contribuir (e até colaborar) com a sua incriminação, que poderá, de futuro, ser usada precisamente nesse sentido, e no contexto criminal.

O que nos detém no presente artigo é a reflexão em torno do direito à não autoincriminação na Lei do Cibercrime. E é nesse âmbito que se iniciará a reflexão da secção seguinte.

3. LEI DO CIBERCRIME, LEI N.º 109/2009, DE 15 DE SETEMBRO

A rápida profusão de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), bem como as características que lhe estão associadas, como a célere transmissão de uma quantidade muito vasta de dados, faz das TIC ferramentas que fácil e rapidamente se perccionaram como úteis em todas as esferas da sociedade, mais ainda quando o que está em causa é a redução do espaço-tempo³⁴.

Todas as vantagens associadas à utilização de TIC foram não apenas compreendidas pelas atividades lícitas, mas, igualmente, pelas ilícitas. Transmitir, armazenar, eliminar ou criar dados e informação; comunicar em tempo real com indivíduos que estão a milhares de quilómetros de distância, num fuso horário completamente diferente, são capacidades que permitem a prática de crimes da mais elevada gravidade e complexidade, conseguindo manter-se na obscuridade por longos períodos³⁵.

Neste contexto, compreendendo todos os desafios colocados por esta nova realidade, Portugal não ficou indiferente (exigência também que se contende com a sua integração numa União Europeia (UE)), tendo começado por, em 1991, dar uma primeira resposta com a Lei da Criminalidade Informática (lei n.º 109/91, de 17 de agosto, diploma entretanto revogado pela Lei do Cibercrime). Mais tarde, em novembro de 2001, adotou e adaptou a Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

³⁴ HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Changes*. Oxford: Blackwell, 1990.

³⁵ VENÂNCIO, Pedro Dias. *Lei do Cibercrime – Anotada e Comentada*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 15, 2011.

Em 2005, surge a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, que culminou, no direito interno com a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, designada Lei do Cibercrime.

De acordo com Freitas³⁶, entende-se por cibercrime “aquele tipo de crime cujos sistemas informáticos podem servir de instrumento para a perpetração de crimes, ou cujos instrumentos informáticos são alvo desses mesmos ataques”³⁷, o que implicará uma ponderação diferente do contemplado pelo legislador penalista em termos de meios de obtenção de prova e até de prevenção e de penalização dos crimes.

Este último diploma, alvo de análise no presente artigo, está organizado em quatro capítulos. O primeiro capítulo é dedicado, essencialmente, à definição de conceitos relevantes no contexto da cibercriminalidade. No segundo capítulo elencam-se os tipos legais de crime associados à cibercriminalidade. O capítulo terceiro dedica-se à atividade processual. E, por último, o capítulo quarto é relativo à cooperação internacional.

O que nos detém aqui é o capítulo terceiro, mais concretamente, os meios de obtenção de prova e a sua relação com o direito à não autoincriminação nesse contexto particular da cibercriminalidade. Informa o diploma que a sua aplicação é feita em relação a crimes:

- a) Previstos na presente lei;
- b) Cometidos por meio de um sistema informático; ou
- c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.³⁸

Ora, nos termos do diploma legal (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro), estão previstos como crimes do catálogo da Lei do Cibercrime os seguintes:

- Falsidade informática (artigo 3.º)
- Contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento (artigo 3.º-A)

³⁶ FREITAS, José Pedro. *Os Meios de Obtenção de Prova Digital na Investigação Criminal: o Regime Jurídico dos Serviços de Correio Eletrónico e de Mensagens Curtas*. Braga: Nova Causa, 2020.

³⁷ FREITAS, José Pedro, *op. cit.*, p. 56.

³⁸ Artigo 11.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

- Uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-B)
- Aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-C)
- Atos preparatórios da contrafação (artigo 3.º-D)
- Aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento obtidos mediante crime informático (artigo 3.º-E)
- Dano relativo a programas ou outros dados informáticos (artigo 4.º)
- Sabotagem informática (artigo 5.º)
- Acesso ilegítimo (artigo 6.º)
- Interceção ilegítima (artigo 7.º)
- Reprodução ilegítima de programa protegido (artigo 8.º)

Relativamente aos quais se prevê como meios de obtenção de prova os seguintes:

- Preservação expedita de dados (artigo 12.º)
- Revelação expedita de dados de tráfego (artigo 13.º)
- Injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados (artigo 14.º)
- Pesquisa de dados informáticos (artigo 15.º)
- Apreensão de dados informáticos (artigo 16.º)
- Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º)
- Interceção de comunicações (artigo 18.º)
- Ações encobertas (artigo 19.º)

Retira-se, essencialmente, o artigo 14.º, relativo a injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados. Sobre este será feita uma análise mais aprofundada na subsecção seguinte.

3.1. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA LEI DO CIBERCRIME E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O que sai evidenciado do artigo 14.º da Lei da Cibercrime é a existência de “novas ferramentas processuais” especificamente vocacionadas

para a obtenção de prova em contexto digital, muitas vezes, resultado de uma adaptação legislativa dos “tradicionais” meios de obtenção de prova já previstos no processo penal³⁹. Ademais, importa ter presente que também os requisitos para aplicação de meios de prova em processo penal – e que se deverão verificar também no ambiente digital – são a necessidade, subsidiariedade e taxatividade.

Detendo-nos sobre o artigo 14.º da Lei do Cibercrime, é aqui que residem muitas dúvidas sobre o seu conflito com o direito à não autoincriminação do arguido. Refere o artigo que:

1 - Se no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos, sob pena de punição por desobediência.

2 - [...]

3 - Em cumprimento da ordem descrita nos n.os 1 e 2, quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados comunica esses dados à autoridade judiciária competente ou permite, sob pena de punição por desobediência, o acesso ao sistema informático onde os mesmos estão armazenados.

4 - [...]

5 - A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo.

6 - [...]

7 - [...]⁴⁰

Considerando os critérios elencados supra – necessidade, subsidiariedade e taxatividade, Nunes⁴¹ faz uma aplicação dos mesmos aos

³⁹ MARQUES, Maria Joana Xara-Brasil.. *Os meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime e o seu confronto com o Código de Processo Penal*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p. 16, 2014.

⁴⁰ Artigo 14.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

⁴¹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime*. Coimbra: GESTLEGAL, 2018.

meios de obtenção de prova na lei do cibercrime. Assim, para o autor, no que diz respeito ao artigo 14.º, não há qualquer limitação no que ao tipo de crime diz respeito, ou seja, poderão as injunções ser aplicadas a qualquer tipo de crime. Em relação à necessidade, deverá o meio de obtenção de prova ser aquele que melhor se adequa à descoberta da verdade.

Também em relação ao grau de suspeita de cometimento do crime, o legislador deixa em aberto se a aplicação das injunções previstas no artigo 14.º poderá ser realizada se se tratar de uma suspeita inicial. Do mesmo modo que pode ser o primeiro meio de prova a que se recorre na investigação do crime. Não obstante, podendo cumular-se com a preservação expedita de dados (artigo 12.º) e com a revelação expedita de dados de tráfego (artigo 13.º).

Já no que diz respeito ao sujeito sobre o qual recai este meio de obtenção de prova, no entender de Nunes, deverá aplicar-se analogicamente o artigo 187.º, n.º 4 do CPP, ou seja, apenas poderão ser alvo deste meio de obtenção de prova (como o são no caso das escutas telefónicas) o suspeito ou arguido, pessoa que sirva de intermediário ou a vítima⁴².

Já não se concorda com o autor no que diz respeito à aplicação analógica do artigo 187.º, n.º 4 CPP ao artigo 14.º da Lei do Cibercrime em relação ao suspeito e ao arguido. Aliás, o n.º 5 do artigo 14.º é elucidativo desta distinção. Talvez por essa razão, e porque esse facto implica que estejamos perante uma restrição de DF pouco intensa, os critérios para aplicação de meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime, explorados nas palavras de Nunes, são bastante latos, deixando o legislador um pouco no poder de decisão do aplicador de direito a aceitação ou não do meio de obtenção de prova e, conseqüentemente, da prova obtida.

Não obstante, fica claro que o direito à não autoincriminação está salvaguardado naquele n.º 5⁴³. No entanto, a questão poderá, ainda, colocar-se no âmbito da informação facultada pelo arguido, por exemplo, relativamente à palavra-passe que protege o meio físico onde determinados documentos estão guardados digitalmente (um CD, disco externo ou pen-drive) ou mesmo a palavra-passe que protege o acesso a uma conta

⁴² NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os meios de*, pp. 69-73.

⁴³ CORREIA, Hélder Santos e NEVES, Rita Castanheira. *A Lei do Cibercrime*, p. 148.

de *e-mail*, a que se acede *online*, será que aí terá o arguido a obrigação de facultar a palavra-passe, ainda que as autoridades responsáveis pela investigação do crime tenham conhecimento do local exato onde esses documentos se encontram guardados?

Ora, no entender de Sandra Oliveira e Silva⁴⁴, são, de facto, três dimensões diferentes: o conhecimento que o arguido tem sobre determinada informação, protegida pelo direito à não autoincriminação, o conhecimento do suporte digital onde essa informação está contida, aqui já apenas um direito à não autoincriminação parcial, porquanto o arguido deverá facultar o suporte digital (que poderá depois ser descriptado recorrendo a perícias das autoridades) e, finalmente, a respetiva palavra-passe que a protege⁴⁵.

Continua a autora a esclarecer que o facultar da palavra-chave pelo arguido já se encontra totalmente salvaguardo pelo direito à não autoincriminação, à semelhança da informação concreta que essa palavra-chave protegerá. Essa palavra-passe poderá proteger informação incriminadora, sendo que a revelação da primeira poderá implicar a incriminação pelo acesso à segunda⁴⁶.

Ademais, são vários desafios os colocados à Lei do Cibercrime e aos meios de obtenção de prova nesse âmbito e que tenham por base documentos/informações em suporte digital⁴⁷: primeiro de tudo, o facto de se estar perante dados ao abrigo da proteção a eles inerente e que tem sido objeto de ampla discussão^{48,49}. Depois, assiste-se ao que aparenta ser a nova neurose do século XXI, à semelhança do já anteriormente iden-

⁴⁴ SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido*.

⁴⁵ SILVA, Sandra Oliveira e. *op. cit.*, p. 830.

⁴⁶ SILVA, Sandra Oliveira e. *op. cit.*, p. 831.

⁴⁷ Alguns desses desafios são identificados em RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães, CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso e FUMACH, Débora Moretti. *O malware*.

⁴⁸ LUGATI, Lys Nunes e ALMEIDA, Juliana Evangelista de. A LGPD e a construção de uma cultura de proteção de dados. *Revista de Direito*, Viçosa, vol. 14, n. 01, p. 01 e ss., 2022.

⁴⁹ MOTTA, Clara Amédée Péret. Evolução legislativa do direito digital: a influência europeia na Lei Geral de Proteção de Dados e na criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, Ceará, vol. 20, n. 1, p. 50 e ss., 2021. <https://doi.org/10.32586/rcda.v20i1.699>

tificado por Braga⁵⁰, mas que agora, reportando ao contexto específico do acesso a dados como meios de prova, deverá a autoridade criminal munir-se de cautelas especiais para fazer seleção do que efetivamente pretende recolher e como, inclusivamente, para não colocar em causa o direito à não autoincriminação do arguido.

Como Meireles⁵¹ identifica, desde que obtida através de meio digital, toda a prova pode ser considerada digital, devendo, quer a autoridade criminal que investiga, quer o julgador, ter o especial cuidado de validar o que é prova real e efetiva. A isto acresce o facto de ser de elevada dimensão o número de origens dessa prova digital, que se traduzirá (já traduz) em horas de investigação, em ligações entre provas e, mais uma vez, nesse especial cuidado de proteger o direito à não autoincriminação do arguido, que poderá ser posto em causa com as ligações digitais que se fazem de modo quase automático⁵².

Assim, entre o que tem sido o avanço legislativo para acompanhar a rápida profusão de TIC e dos crimes a elas associados, deverão os desafios anteriormente identificados ser tidos em consideração em futuras alterações legislativas. Tarefa nem sempre fácil, sobretudo quando se pensa na instabilidade promovida pelo avanço tecnológico e pelas potencialidades criminais que tal avanço intensifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas palavras de Satula⁵³, “Podemos afinal concluir que o *nemo tenetur se ipsum accusare* é um princípio de dimensão subjetiva com parâmetros axiológico-normativos não escritos com dimensão de liberdade e permissão, categórico, sem força irradiante e destituída de ponderação e constitutivo da matriz acusatória do processo penal.”⁵⁴

⁵⁰ BRAGA, Ryon. O Excesso de Informação - A Neurose do Século XX. *Método - Reflexão Estratégica*, p. 1 e ss., 2003.

⁵¹ MEIRELES, Ana Isa Dias. *A prova digital*.

⁵² MEIRELES, Ana Isa Dias, *op. cit.*, p. 6.

⁵³ SATULA, Benja. *Nemo tenetur*.

⁵⁴ SATULA, Benja, *op. cit.*, p. 24.

Para Satula, o cerne está na classificação do *nemo tenetur* como princípio ou direito. Ora, no contexto do presente artigo, não se concorda com esta visão, defende-se antes que o *nemo tenetur* é um direito, porque está na esfera de disponibilidade do arguido, estando na sua esfera jurídica a sua limitação ou abrangência, ainda que, como afirma Costa Andrade⁵⁵, não se possa colocar em causa, independentemente do tipo de crime e da gravidade da prática do ato. Assim, considera-se que é relevante esta distinção entre princípio e direito, sobretudo, quando o que se coloca em discussão é o seu afastamento em detrimento da prossecução da prática de crimes gravosos.

Assim, concorda-se com Costa Andrade⁵⁶, quando o autor afirma que,

soa hoje consensual o entendimento segundo o qual o *nemo tenetur* goza de uma tutela absoluta. No sentido de que não comporta relativização em sede de ponderação. Resumidamente, o princípio *nemo tenetur* está subtraído a todo o juízo de ponderação (*abwägungs fest*) mesmo face aos interesses ou valores de maior relevo e eminência comunitária. Como o interesse da eficiência da justiça criminal, *maxime* na perseguição dos crimes mais graves. Valores ou interesses cuja prossecução não pode, em caso algum, justificar que o arguido venha a ser coactivamente convertido em instrumento activo da sua própria condenação.⁵⁷

Ademais, se a abertura e alargamento do que são DF (nos quais o *nemo tenetur* se inclui), de modo que se ajustem às exigências da evolução da sociedade, são pacificamente aceites. Já o não serão tanto a sua compressão e limitação, sem que, para tal, o legislador intervenha e dite claramente as regras impostas⁵⁸.

⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare and tax law: or the unbearable indolence of Decision n.º 340/2013 of the Constitutional Court*. *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, n. 1, p. 385 e ss., 2014.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*

⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. «*Bruscamente no verão passado*», *a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 150, 2009.

Como verificado, não é de hoje a preocupação estadual em promover o acesso a meios informáticos seguros e em tipificar crimes cometidos ao abrigo de um qualquer dispositivo informático. No entanto, deverá ser uma preocupação constante que a evolução da investigação criminal acompanhe a evolução tecnológica, nomeadamente, para que se encontre a par do que vem sendo (e do que virá a ser) uma criminalidade cada vez mais sofisticada⁵⁹.

Esta preocupação deverá ser ainda mais relevante quando se ouve falar em ferramentas como Inteligência Artificial e Internet das Coisas com aplicação ao direito e aos meios de obtenção de prova em processo penal⁶⁰.

Para tal, é igualmente imprescindível o desenvolvimento da cooperação nacional intersectorial e internacional, como refere Amador⁶¹, “Desde a família à escola, às autoridades, aos especialistas em informática, aos ISP, todos devem empenhar-se, no sentido de contribuir para um ciberespaço mais seguro, onde as práticas criminais devem ser denunciadas às autoridades.”⁶².

REFERÊNCIAS

AMADOR, Nelson José Roque. *Cibercrime em Portugal: Trajetórias e Perspetivas de futuro*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2012. Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17168/2/CibercrimeemPortugalTrajetóriasePerspetivasdeFuturo.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁵⁹ AMADOR, Nelson José Roque. *Cibercrime em Portugal: Trajetórias e Perspetivas de futuro*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 68, 2012. Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17168/2/CibercrimeemPortugalTrajetóriasePerspetivasdeFuturo.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁶⁰ SANTOS, Hugo Luz dos. Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima?. *Revista de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 2, p. 767-821, 2022. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/709/450>. Acesso em: 23/05/2023. 71Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 767-821, 2022, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.709>.

⁶¹ AMADOR, Nelson José Roque, *op. cit.*

⁶² AMADOR, Nelson José Roque. *op. cit.*, p. 72.

ANDRADE, Manuel da Costa. «*Bruscamente no verão passado*», *a reforma do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare and tax law: or the unbearable indolence of Decision n.º 340/2013 of the Constitutional Court. *Boletim de Ciências Económicas*, Lisboa, v. 57, n. 1, p. 385 e ss., 2014.

ANTUNES, Maria João. Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional. *Revista Julgar*, Braga, n. 21, p. 89 e ss., 2013. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/06-M-J-Antunes-jurisprudência-TC-penal.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022. <https://doi.org/10.48021/978-65-252-5683-2-c1>.

ANTUNES, Maria João. Direito processual penal – “direito constitucional aplicado”. In *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 745 e ss., 2009.

BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. II, p. 425 e ss, 1988. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bfb2bda40-2883-4766-a66d-a671b126eb50%7D.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRAGA, Ryon. O Excesso de Informação - A Neurose do Século XXI. *Método - Reflexão Estratégica*, p. 1 e ss, 2003.

CORREIA, Hélder Santos e NEVES, Rita Castanheira. A Lei do Cibercrime e a colaboração do arguido no acesso aos dados informáticos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Lisboa, n. 38, p. 146 e ss., 2014. Disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4377/documento/fp02.pdf?id=5591>. Acesso em: 20 dez. 2022.

COSTA, Joana. O princípio do nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 128, p. 117 e ss., 2011. <https://doi.org/10.11606/d.2.2017.tde-11122020-011515>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A Nova Constituição da República e o Processo Penal*. p. 99 e ss., 1976. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bbc2145f1-946b-4932-9eb9-7a07eec4d1ed%7D.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FREITAS, José Pedro. *Os Meios de Obtenção de Prova Digital na Investigação Criminal: o Regime Jurídico dos Serviços de Correio Eletrónico e de Mensagens Curtas*. Braga: Nova Causa, 2020.

GAMA, António et al.. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal - Tomo II - Artigos 124.º a 190.º*. Coimbra: Edições Almedina, 2021.

HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Changes*. Oxford: Blackwell, 1990.

LIMA, Sofia Belo Campos de. *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal*. Dissertação Mestrado em Direito - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

LUGATI, Lys Nunes e ALMEIDA Juliana Evangelista de. A LGPD e a construção de uma cultura de proteção de dados. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 14, n. 01, p. 01 e ss., 2022. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/13764/7380>. Acesso em: 20 dez. 2022.

SANTOS, Hugo Luz dos. Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima?. *Revista de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 2, p. 767-821, 2022. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/709/450>. Acesso em: 23/05/2023. 71Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 767-821, 2022, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.709>.

MARQUES, Maria Joana Xara-Brasil. *Os meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime e o seu confronto com o Código de Processo Penal*. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

MEIRELES, Ana Isa Dias. *A prova digital no processo judicial*. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade do Minho, Braga, 2022.

MONTE, Mário Ferreira. *Direito Processual Penal Aplicado*. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2016.

MOTTA, Clara Amédée Péret. Evolução legislativa do direito digital: a influência europeia na Lei Geral de Proteção de Dados e na criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, Ceará, vol. 20, n. 1, p. 50 e ss., 2021. <https://doi.org/10.32586/rcda.v20i1.699>.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime*. Coimbra: GESTLEGAL, 2018.

RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães, CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso e FUMACH, Débora Moretti. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 3, p. 1463-1500, 2022. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/723/467>. Acesso em: 23/05/2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3>.

SATULA, Benja. Nemo tenetur se ipsum accusare. Direito ou princípio?. *JURIS*, Lisboa, vol. 1, n. 2, p. 7 e ss., 2016. Disponível em <https://revistas.ucp>.

pt/index.php/juris/article/view/9171. Acesso em: 20 dez. 2022. https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_10.

SILVA, Germano Marques da e SALINAS, Henrique. Artigo 32.º. In MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (Eds.). *Constituição Portuguesa Anotada: Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 709, 2005.

SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra mesmo: considerações em toro do princípio «nemo tenetur» se «ipsum accusare»*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

VENÂNCIO, Pedro Dias. *Lei do Cibercrime - Anotada e Comentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

Authorship information

Ana Melro. Doutora em Políticas Públicas e em Informação e Comunicação em Plataformas Digitais, pela Universidade de Aveiro. Licenciada em Direito, em Gestão e em Sociologia. Frequência do Mestrado em Direito Judiciário. Docente em Ciências Sociais, Investigadora científica, Advogada. Áreas de Investigação: Cibercultura e Ciências da Comunicação, Practicum em Direito. anamelro@ua.pt.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/01/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/03/2023
- Review 1: 26/04/2023
- Review 2: 27/04/2023
- Review 3: 29/04/2023
- Preliminary editorial decision: 12/05/2023
- Correction round return: 23/05/2023
- Final editorial decision: 15/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MELRO, Ana. A. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 979-1002, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.806>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


O erro judiciário e a injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas


*The miscarriage of justice and epistemic
injustice in eyewitness identification*

Sara Ribas Ortigosa Leite¹

Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, SP, Brasil

sararibas.leite@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/0102372476376246>


 <http://orcid.org/0000-0003-2820-9191>

Claudio José Amaral Bahia²

Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, SP, Brasil

claudio_amaralbahia@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5835862675809257>

 <http://orcid.org/0000-0001-7146-162X>

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que os erros judiciários decorrentes de falhas no reconhecimento de pessoas estão relacionados à existência de estereótipos e ao fenômeno da injustiça epistêmica, melhor descrito por Fricker e Lackey. Afinal, de que forma esses este-

-
- ¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de São Paulo (2018) e especialização em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2022). Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Funcionária pública federal. E-mail: sararibas.leite@gmail.com.
 - ² Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1996) e Mestrado em Direito Constitucional pela mesma instituição (2002). Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra (2020). Professor, na graduação, na Instituição Toledo de Ensino de Bauru e na Faculdade Iteana de Botucatu e, na pós-graduação lato e stricto sensu, na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. E-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com.

reótipos e a injustiça epistêmica se manifestam nesses casos? Essa pergunta será respondida a partir de uma pesquisa jurisprudencial, selecionando-se as decisões proferidas pelo STJ em *Habeas Corpus* e Revisão Criminal, entre 01/03/2012 e 31/03/2022, que tenham resultado em absolvição ou relaxamento da prisão em razão da inobservância do procedimento do art. 226 do CPP. Os resultados mostram que os preconceitos que acometem indivíduos negros, de baixa escolaridade e de baixa renda, com empregos menos prestigiados e que já tiveram algum contato com a atividade criminosa não se manifestam de forma explícita, mas são determinantes para a ocorrência do erro judiciário. Por outro lado, os estereótipos ligados à natureza da infração penal e à posição processual da pessoa não apenas são bastante explícitos, como são assumidamente levados em conta pelo juízo. Esses estereótipos constituem o principal critério de distribuição de credibilidade às narrativas dos sujeitos processuais, revelando que a injustiça epistêmica é uma importante causa dos erros judiciários.

PALAVRAS-CHAVE: Erro judiciário; Injustiça epistêmica; Reconhecimento de pessoas.

ABSTRACT: *This article intends to demonstrate that miscarriages of justice arising from eyewitness identifications failures are related to the existence of stereotypes and the phenomenon of epistemic injustice, best described by Fricker and Lackey. After all, how do these stereotypes and the epistemic injustice manifest themselves in these cases? This question will be answered based on a jurisprudential research, selecting the decisions handed down by STJ in Habeas Corpus and Criminal Review, between 03/01/2012 and 03/31/2022, which have resulted in exoneration or imprisonment relaxation due to infringement of the procedure of 226th article from CPP. The results show that the prejudices that affect black individuals, with low education and low income, with less prestigious jobs and who have already had some contact with criminal activity, are not explicitly manifested, but are decisive for the occurrence of miscarriage of justice. On the other hand, stereotypes linked to the nature of the criminal offense and the person's procedural position are not only quite explicit, but are admittedly taken into account by the court. These stereotypes constitute the main criterion for distributing credibility to the procedural subjects narratives, revealing that epistemic injustice is an important cause of miscarriage of justice.*

KEYWORDS: *Miscarriage of justice; Epistemic injustice; eyewitness identification.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 2. A injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Não é novidade na doutrina e na jurisprudência que a inobservância do procedimento legal para o reconhecimento de pessoas torna o sistema penal suscetível à ocorrência de erros judiciários. Isso porque a memória humana pode sofrer perdas e distorções, sobretudo quando uma pessoa estranha “foi vista em condições precárias (pouca luz, à distância, por muito pouco tempo)”³. Além disso, existem diversas variáveis que podem influenciar o reconhecimento, inclusive questões relacionadas a raça, gênero e estereótipos⁴. Por isso, os especialistas são unânimes em recomendar a observância de técnicas específicas, como as técnicas de reconhecimento por alinhamento, em que o suspeito é colocado ao lado de outras pessoas com características físicas semelhantes⁵. Ainda,

Buscando minimizar os possíveis vieses inerentes ao reconhecimento, existem algumas normas básicas a serem seguidas: uma refere-se à condução do reconhecimento “as cegas”, e a outra a testagem do equilíbrio do alinhamento. A primeira diz respeito a quem conduz o reconhecimento. Este profissional (por exemplo, policial) além de estar capacitado para conduzir o reconhecimento, também não deve ter conhecimento sobre quem é o suspeito (em outras palavras, faça um reconhecimento “cego”). [...] Portanto, um cuidado fundamental a ser adotado para eliminar esse tipo de viés é o *double-blindness*, em que nem o policial, nem a testemunha sabem quem é o suspeito. [...] A segunda, testagem de quão

³ STEIN, L. M.; ÁVILA, Gustavo Noronha. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59), 2015. E-book. p. 27.

⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁵ *Ibid.*, p. 28.

equilibrado e não enviesado (denominado em inglês de *fairness test*) está o alinhamento deverá ser feita antes do próprio ato de reconhecimento. De fato, para a construção dos alinhamentos a dimensão nominal (número de pessoas por alinhamento) é menos importante que a dimensão funcional (número de pessoas semelhantes ao suspeito)⁶.

Como se observa, essas recomendações foram, em grande medida, encapadas pelo legislador, no art. 226 do CPP, que cuidou de estabelecer um procedimento adequado para o reconhecimento de pessoas. Assim, nos termos da lei, o reconhecimento apenas pode ocorrer após a descrição da pessoa a ser reconhecida. Da mesma forma, a pessoa a ser reconhecida deve ser colocada ao lado de outras semelhantes, sempre que possível.

Isso nem sem razão, uma vez que o uso de técnicas inadequadas tende “a resultar em relatos limitados ou, até mesmo, falsos, [...] prejudicando a investigação policial e o sistema de justiça como um todo”⁷. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender, em 2020, que a norma insculpida no art. 226 do Código de Processo Penal não é mera recomendação legislativa, mas regra cuja inobservância vicia a prova e a torna nula⁸.

Essa nova orientação do STJ, no entanto, resolve o sintoma de um problema mais profundo: as falhas no reconhecimento de pessoas e seus consequentes erros judiciais estão associados, em primeira análise, aos estereótipos que recaem sobre pessoas com características homogêneas

⁶ STEIN, L. M.; ÁVILA, Gustavo Noronha. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59), 2015. E-book. p. 29.

⁷ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 489-510, jan./abr. 2022. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/665/443>>. Acesso em: 17 maio 2023. p. 491.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 598.886*. Pacientes: Vanio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27 out. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2022.

e ao fenômeno da injustiça epistêmica. Mas, afinal, de que forma esses estereótipos e a injustiça epistêmica se manifestam nos casos de erro judiciário decorrentes do reconhecimento de pessoas?

Para responder a essa pergunta, será realizada, em um primeiro momento, a pesquisa qualitativa da jurisprudência do STJ nos últimos 10 anos (entre 01/03/2012 e 31/03/2022), notadamente em ações de *Habeas Corpus* e Revisão Criminal, com a respectiva consulta aos processos de origem para obter informações específicas sobre as pessoas acusadas. A seleção dos julgados a serem investigados levará em conta os seguintes requisitos: 1) a existência, em um primeiro momento, de condenação ou decretação de prisão; 2) em um segundo momento, absolvição e/ou relaxamento da prisão da pessoa acusada, por qualquer dos fundamentos do art. 386 do CPP; 3) a inobservância do procedimento de reconhecimento insculpido no art. 226 do CPP.

O objetivo é identificar, pela aplicação do método indutivo, o perfil comum aos(as) acusados(as) e réus(rés) de todas as decisões, apontando para a existência de um estereótipo, presente no imaginário social, que influencia na tarefa de reconhecimento. Nessa etapa, pretende-se, ainda, coletar e apresentar os excertos das decisões que demonstram desprezo ou desconsideração das narrativas das pessoas que ostentam esse estereótipo, em detrimento do prestígio ou preferência pelas narrativas apresentadas por outras pessoas.

Em seguida, na segunda seção, buscar-se-á, através da revisão da bibliografia sobre o tema – sobretudo das obras de Miranda Fricker e de Jennifer Lackey – e através do método dedutivo, aproximar os dados observados na amostra jurisprudencial coletada e o fenômeno da injustiça epistêmica. O objetivo é demonstrar que os estereótipos – referentes à natureza da infração penal imputada, à posição processual de sujeito passivo da ação penal e às características sociais, econômicas e raciais – identificados na primeira seção levam, por um lado, a um déficit de credibilidade dos discursos das pessoas acusadas. Por outro lado, defere um excesso de credibilidade aos demais sujeitos envolvidos no processo, prejudicando os reconhecidos por erro judiciário.

Assim, fica claro que o objetivo do presente artigo é, em primeiro lugar, avaliar os estereótipos que informam a epistemologia de vítimas e testemunhas que são colocadas a reconhecer, das autoridades policiais que

conduzem a prova e dos juízos que decidem sobre a inocência ou a culpa da pessoa acusada. Em um segundo momento, o escopo é demonstrar que o equívocado reconhecimento de pessoas, que gera os erros judiciais, é preponderantemente resultado da injustiça epistêmica.

Essa análise é de suma importância, porque, em primeiro lugar, promove a reflexão e a conscientização sobre os estereótipos e preconceitos que estão disseminados em toda a sociedade e determinam decisões e comportamentos nas mais variadas esferas. Além disso, esse diagnóstico alcança uma das causas mediatas do erro judicial, para além da mera inobservância do procedimento legal, permitindo sua prevenção e, conseqüentemente, o recrudescimento da credibilidade e da legitimidade do sistema penal como um todo.

1. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pesquisa empírica proposta foi realizada pela busca da expressão “erro judicial”, nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 10 anos (entre 01/03/2012 e 31/03/2022). Foram selecionadas decisões em *Habeas Corpus* ou Revisão Criminal que atendessem, concomitantemente, três requisitos, quais sejam: 1) houve, em um primeiro momento, condenação ou decretação de prisão; 2) em um segundo momento, a pessoa acusada foi absolvida e/ou sua prisão foi relaxada, por qualquer dos fundamentos do art. 386 do CPP; 3) o erro decorreu da inobservância do procedimento de reconhecimento insculpido no art. 226 do CPP. A pesquisa resultou em 24 acórdãos, dos quais apenas seis, todos referentes a *Habeas Corpus*, preencheram os requisitos formulados para investigação⁹.

Esses critérios são suficientes para a pesquisa aqui proposta, uma vez que não existe, para o cumprimento dos objetivos postos, a preocupação em se investigar apenas o erro judicial indenizável, na distinção assumida por Seña¹⁰. Ao contrário, busca-se analisar qualquer forma de

⁹ LEITE, Sara Ribas Ortigosa; BAHIA, Claudio José Amaral (2023): *Decisões do STJ - critérios de inclusão e de exclusão*. figshare. Dataset.

¹⁰ SEÑA, Jorge F. Malem. *El erro judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 108.

erro judiciário, isto é, qualquer “atuação judicial danosa enquanto exercício da função estatal atinente ao Poder Judiciário”¹¹. Da mesma forma, na seleção dos dados, não houve a preocupação de identificar e diferenciar os erros de acusação dos erros de convicção, sobretudo porque suas causas são semelhantes e os prejuízos são igualmente devastadores¹².

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça¹³ já decidiu que “a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente venha a ser absolvido” equivale ao erro judiciário. Isso porque “a prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna”. Assim, “a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos”, como se verifica no excerto:

Sob esse ângulo, forçoso convir que a situação de o cidadão ser submetido à prisão processual e depois absolvido, é equivalente àquela em que o Estado indeniza o condenado por erro judiciário ou pelo fato de este permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Forçoso, assim, concluir, que quando preso preventivamente o cidadão e depois é absolvido, *in casu*, pelo Tribunal do Júri, também se configura situação em que houve erro judiciário, sem que tenha havido condenação¹⁴.

¹¹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário: e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*. São Paulo: Leud, 1995. p. 18.

¹² DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 523-566, maio/ago. 2022. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/746/444>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 528.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 427.560*. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Antônio Pereira Batista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 05 set. 2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200446278&dt_publicacao=30/09/2002>. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 427.560*. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Antônio Pereira Batista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 05 set. 2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200446278&dt_publicacao=30/09/2002>. Acesso em: 17 out. 2022.

Assim, esse julgado aponta, para além da adequação dos parâmetros definidos pela pesquisa, para a pertinência da análise tanto de decisões pertencentes à classe de Revisões Criminais quanto de *Habeas Corpus*, em que pese a existência de vozes dissonantes na doutrina¹⁵.

Por fim, em cada decisão foram identificadas a natureza da infração penal imputada e, quando disponíveis, as características específicas da pessoa acusada referentes à cor, ao grau de escolaridade, à profissão e à existência de alguma passagem pela polícia. Quando possível, inclusive, houve a consulta ao processo de origem, com a finalidade de colher essas informações. Superados esses breves esclarecimentos metodológicos, é possível detalhar as decisões investigadas.

A primeira decisão que merece uma análise mais detida é o HC 682.986/SP, que impôs a absolvição e o relaxamento da prisão (que, frisa-se, não foi precedida de flagrante) pelo equivocado reconhecimento pessoal do paciente. O reconhecimento ocorreu na delegacia, sem a observância do procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal, “sem a apresentação de pessoas semelhantes nem a indicação de justificativa plausível acerca de impossibilidade de realização do ato nos termos estabelecidos na norma legal”¹⁶. Também não existiam outras provas que indicassem a vinculação do acusado ao crime e não houve ratificação do reconhecimento em juízo.

Consta, ainda, que a decisão coatora de segundo grau explicou que “as palavras da vítima Ana Karolina foram corroboradas pelos depoimentos dos policiais Marco e Fábio, tendo Marco confirmado que Ana Karolina reconheceu os réus, pessoalmente, na Delegacia”¹⁷. O ministro relator do *Habeas Corpus* ressaltou em seu voto, contudo, que

¹⁵ Para Médici, por exemplo, “o meio adequado de correção dos erros judiciais é a revisão”. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 209.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 682.986. Paciente: Luis Henrique Zacarone de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102360547&dt_publicacao=25/03/2022>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁷ *Ibid*.

Apenas uma das vítimas, ANA KAROLINA, reconheceu os réus pessoalmente na delegacia, pois a vítima ALEXIA teria entrado em estado de choque, e o depoimento prestado pelos policiais ratifica o procedimento realizado na delegacia¹⁸.

Por outro lado, foram ouvidas quatro testemunhas arroladas pela defesa, que confirmaram que o acusado estava em um churrasco no dia do fato. Além disso, o acusado – incurso em roubo majorado pelo concurso de agentes, branco, com ensino médio incompleto, ajudante de marceneiro e já cadastrado anteriormente como suspeito de outro roubo – apenas foi levado à delegacia porque tinha relação de amizade com outro investigado. Foi o que constou do parecer do Ministério Público Federal:

Assim, verifica-se que não foram observados os procedimentos definidos no art. 226 do CPP para o reconhecimento pessoal realizado nos autos, não tendo sido referenciados outros elementos de prova a indicar a vinculação do acusado com a prática delitiva, mas somente o fato de ter sido acusado em razão do relacionamento de amizade que mantinha com outro investigado pela prática de delitos semelhantes, registrando-se que o paciente apresentou narrativa e testemunhas, quanto ao seu paradeiro na noite em questão (confraternização com amigos, da qual foi embora na companhia de um amigo em uma motocicleta, com posterior abordagem por policiais militares, em via pública, no intervalo entre 22h e 23h), que, se não o afasta da cena do crime, ao menos traz dúvida quanto a sua participação no delito, o que já é suficiente para fundamentar o decreto absolutório¹⁹.

Nota-se que, embora o acusado tenha, assim como as vítimas e os policiais, apresentado sua versão dos fatos, seu conhecimento sobre o ocorrido e sua contribuição para o processo foram completamente desconsiderados na decisão a respeito de sua prisão. Com efeito, consta

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 682.986*. Paciente: Luis Henrique Zacarone de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102360547&dt_publicacao=25/03/2022>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁹ *Ibid.*

do acórdão que o tribunal de origem considerou que os depoimentos da vítima e dos policiais eram “coerentes e harmônicos”. Também ficou consignado que não existia nada nos autos que indicasse “que as ofendidas e os policiais estivessem perseguindo os apelantes, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoas que sabem ser inocentes”²⁰.

Da mesma forma, no AgRg no HC 685.033/SP, constou que a condenação (também sem prévia prisão em flagrante) por erro judiciário decorreu de um reconhecimento fotográfico realizado em fase pré-processual que não seguiu estritamente o procedimento insculpido no art. 226 do CPP. O procedimento não foi sequer confirmado em juízo porque a vítima já não conseguia mais reconhecer com certeza nessa ocasião. Consta, inclusive, que, ao reconhecer a acusada, o ofendido não tinha plena certeza e admitiu que a paciente estava diferente, isto é, mais gorda e com o cabelo enrolado.

O tribunal de origem entendeu, no entanto, ser “plenamente justificável a insegurança do ofendido, sobretudo diante do longo período transcorrido desde os fatos (cerca de três anos)”²¹. O depoimento da vítima foi, ainda, corroborado pelo depoimento do policial civil, “que confirmou ter apresentado diversas fotos constantes da delpol [...], tendo o ofendido, naquela oportunidade, apontado a ré com convicção, como a autora do delito”²². Por isso, a decisão proferida pelo tribunal de segunda instância asseverou que

O depoimento do policial merece credibilidade, mesmo porque não se demonstrou que razões ele teria para mentir sobre a dinâmica dos fatos e imputar-lhe, falsamente, crime dessa gravidade se nem mesmo a conhecia²³.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 685.033*. Paciente: Ana Luiza Soleira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 05 out. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136740241&tipo_documento=documento&num_registro=202102486091&data=20211008&formato=PDF>. Acesso em: 30 set. 2022.

²² Ibid.

²³ Ibid.

A paciente, branca e incurso no crime de estelionato, crime pelo qual já havia sido presa antes inclusive,

Negou a acusação, dizendo que não praticou o delito descrito na denúncia. Disse morar em Americana e nunca praticou crime na vizinha Piracicaba. Mencionou que está presa por estelionato e sempre confessou os crimes que praticou²⁴.

Não foi sua versão, contudo, que prevaleceu, uma vez que, no acórdão impugnado pelo *Habeas Corpus*, o juízo entendeu que “a negativa não convence, pois frágil, inverossímil e dissociada do conjunto probatório”²⁵. Ficou consignado, ainda, que

Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância (TACRIM - Ap. 440.643-6 - 8ª Câmara - j. 23.07.86 - Rel. Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407). “Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade” (TACRIM - Ap. nº 1.047.937/5, Rel. : Juiz Carlos Biasotti)²⁶.

No HC 687.103/RN, o erro decorreu da inobservância do procedimento do reconhecimento pessoal do paciente, ocorrido na delegacia

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 685.033*. Paciente: Ana Luiza Soleira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 05 out. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136740241&tipo_documento=documento&num_registro=202102486091&data=20211008&formato=PDF>. Acesso em: 30 set. 2022.

apenas após identificação pela vítima em fotografia divulgada na internet pela imprensa. Não houve prévio flagrante, tampouco a apresentação de pessoas semelhantes ou a indicação de justificativa plausível acerca da impossibilidade de realização do ato nos termos estabelecidos na norma legal. Antes do reconhecimento, inclusive, as vítimas tiveram contato com o denunciado na delegacia, o que é amplamente advertido pela doutrina especializada como conduta que deve ser evitada, sob pena de se contaminar a prova.

Ademais, a decisão impugnada consignou que o paciente – preso e incurso no crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e corrupção de menores – afirmou, no interrogatório judicial, que “não é verdadeira a acusação e não participou do assalto, não sabendo porque as vítimas o reconheceram”²⁷. Apesar disso, a decisão coatora defendeu que “não obstante a negativa do réu, o contexto probatório bem evidencia a ocorrência delituosa praticada pelo acusado e seu comparsa adolescente, em especial pelo que se extrai dos depoimentos das vítimas”²⁸. Ademais,

Em matéria de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando narra de forma coerente e segura os fatos, demonstrando que o único objetivo é apontar os verdadeiros culpados pelo delito, merece credibilidade e é suficiente para embasar uma condenação²⁹.

Na sequência, no AgRg no HC 643.429/SP³⁰, verificou-se que o erro judiciário se perpetrou pelo reconhecimento fotográfico feito pelas

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 687.103*. Paciente: Welton Ruan Ferreira da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 16 nov. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102594823&dt_publicacao=19/11/2021>. Acesso em: 30 set. 2022.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 643.429*. Paciente: Lucas Elias de Barros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=128021566&tipo_documento=documento&num_registro=202100330872&data=20210531&formato=P-DF>. Acesso em: 30 set. 2022.

vítimas na delegacia sem a observação dos parâmetros legais. Consta nos autos a informação de que o verdadeiro autor do fato era branco e usava capacete por ocasião da infração, enquanto o paciente – incurso no crime de roubo majorado pelo concurso de agentes, servente e já condenado em outra ocasião por roubo – era pardo. Ele apenas não foi efetivamente recolhido à prisão porque se encontrava em local incerto e não sabido.

No HC 648.232/SP, mais uma vez a condenação por erro judiciário foi determinada em razão do equivocado reconhecimento pessoal do paciente que ocorreu na delegacia e que se formalizou um mês e meio após o fato. O reconhecimento foi validado mesmo após a vítima ter consignado que tinha somente 70% de certeza e que teria visualizado o autor do fato apenas através da viseira do capacete. Sobre isso, o acórdão impugnado entendeu que

O fato de a vítima ter dito que o fazia com 70% de certeza não enfraquece a prova acusatória, notadamente por ter afirmado que quando esteve na delegacia de polícia, um mês e meio após o crime, o apontamento se deu de forma segura e inequívoca, sendo compreensível que em juízo, já passados seis meses dos fatos, ela tivesse se esquecido de alguns detalhes da fisionomia do agente³¹.

O paciente, que a todo momento negou a imputação, foi incurso no crime de roubo majorado pelo concurso de agentes, era pardo, ajudante de pedreiro, tinha apenas o 1º grau de instrução e era suspeito da prática de outros roubos. Mesmo assim, a decisão impugnada entendeu que “a vítima [...] apresentou declarações harmônicas e convincentes acerca dos fatos”. Asseverou, ainda, que “nada consta dos autos que permita a conclusão de que os policiais civis tivessem motivo para incriminar o apelado graciosa e falsamente, merecendo os depoimentos total credibilidade”³², complementando que

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 648.232*. Paciente: Claudio Henrique dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Orlando Menezes. Brasília, 18 maio 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100583447&dt_publicacao=21/05/2021>. Acesso em: 30 set. 2022.

³² *Ibid.*

Como é cediço, a palavra da vítima, neste tipo de crime patrimonial, tem grande relevância, e nada há a fazer crer que ela teria algum motivo para falsamente acusar inocente da prática do delito. Registre-se que, em crimes como este há grande relevância na versão da vítima, principalmente quando ofertada de maneira segura, como no caso em comentário³³.

Por fim, no HC 598.886/SC, a condenação por erro judiciário foi decretada em razão do equivocado reconhecimento fotográfico extrajudicial do paciente, que se realizou sem a observância do procedimento legal e sem que houvesse qualquer outra prova em seu desfavor. A prova foi reputada suficiente mesmo sendo o paciente 25 centímetros mais alto que o autor do fato e estando os verdadeiros assaltantes com o rosto parcialmente coberto (apenas os olhos descobertos). Para o tribunal de origem, essa diferença de altura não poderia ser tomada isoladamente para afastar a condenação³⁴.

Instada a confirmar o reconhecimento em juízo, uma das vítimas afirmou que, em razão do tempo, não seria possível efetuar novo reconhecimento. Ainda assim, o paciente foi condenado, incurso no crime de roubo majorado pelo concurso de agentes, embora tenha constado que:

Nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado³⁵.

Como se verifica, a amostra obtida foi exígua, em razão das limitações que os bancos de dados dos tribunais e os próprios processos podem apresentar. Trata-se de uma limitação já esperada de uma pesquisa

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.886. Pacientes: Vanio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 out. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2022.

³⁵ Ibid.

que parte dos casos de exoneração, porque “depende da habilidade de identificação e contagem de todos os casos de erro judiciário, sendo que a maioria dos casos permanece oculta”³⁶. Há que se ter em conta, portanto, que a proporção do problema é consideravelmente maior, o que reforça a importância da investigação aqui proposta.

Com efeito, em levantamento realizado pelo STJ, provavelmente despojado das mesmas limitações que um pesquisador externo possui, foram analisadas decisões proferidas em *Habeas Corpus* e em recursos de *Habeas Corpus* que tramitaram no tribunal no período de 27/10/2020 a 19/12/2021. Na pesquisa, foram localizados 89 casos em que a ordem foi concedida em razão de “falha, vício ou inexistência do ato de reconhecimento formal do acusado”³⁷.

De todo modo, a partir dos dados obtidos com a análise jurisprudencial, é possível observar, em primeira análise, que todos os casos de erro judiciário levantados se referiram a crimes patrimoniais, notadamente o roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas. Apenas uma pessoa sofreu imputação por crime diverso (estelionato). Em mais de uma situação, inclusive, o crime se deu em um formato de “arrastão” e os(as) verdadeiros(as) autores(as) do fato estavam com o rosto encoberto no momento da infração penal, circunstância que torna a prova do reconhecimento de pessoas bastante duvidosa.

Isso explica porque quatro das seis decisões investigadas tinham origem no estado de São Paulo. Os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública³⁸ indicam que essa unidade federativa ostentou nos últimos

³⁶ DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 523-566, maio/ago. 2022. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/746/444>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 532, tradução nossa.

³⁷ SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio/ago. 2022. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/717/445>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 576.

³⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/>>

anos os maiores índices de furtos e roubos (de veículos, de celulares, a estabelecimentos comerciais e residenciais, a transeuntes e de carga) e de estelionatos, em comparação com os demais estados brasileiros.

Além disso, todas as pessoas prejudicadas pelo erro judiciário possuíam preponderantemente baixa escolaridade e eram ocupantes de empregos informais, também com baixa remuneração (como servente, ajudante de pedreiro e ajudante de marceneiro). Não por outro motivo Baratta aponta que, como as estatísticas criminais normalmente se baseiam na criminalidade identificada e perseguida, que não contempla as cifras negras dos crimes de colarinho branco, existe a ideia difundida de que a criminalidade se concentra em grupos sociais de estratos inferiores e é, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais relacionados com a pobreza³⁹.

Essas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha⁴⁰.

Diante disso, é coerente que não tenham sido localizadas Revisões Criminais que se subsumissem aos parâmetros definidos, uma vez que o art. 105, I, e) da CF/88 estabelece que o STJ apenas tem competência para julgar as revisões criminais referentes a seus julgados. Ocorre que a competência criminal originária deste tribunal está adstrita a autoridades públicas do alto escalão, como Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios

wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>. Acesso em: 05 out. 2022. p. 104-114.

³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 102.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 103.

e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I, a) da CF/88). São autoridades mais comumente envolvidas em crimes contra a Administração Pública e não na criminalidade de rua e que desfrutam de elevada remuneração ou subsídio.

Assim, a inexistência de Revisões Criminais motivadas por erro judiciário demonstra que as categoriais sociais mais abastadas e com grau de escolaridade maior, como os ocupantes de cargos de provimento por concurso público, são poupadas dos equívocos que acometem outros sujeitos epistêmicos. Muito provavelmente, isso também ocorre porque são sujeitos que não sofrem com os estereótipos a que as categorias identificadas se submetem.

Ademais, ao menos em quatro dos seis casos (nos demais a informação não estava disponível), os(as) acusados(as) já possuíam algum tipo de histórico criminal (condenação ou suspeita de participação). Isso revela que o sistema penal não os(as) vê como sujeitos “temporariamente expulsos da vida social normal e destinados a serem reeducados, reabilitados e reenviados à comunidade”. Ao contrário, são tratados como sujeitos “permanentemente marginalizados, inadequados para a ‘reciclagem social’ e designados a serem mantidos permanentemente fora, longe da comunidade dos cidadãos cumpridores da lei”⁴¹.

Por outro lado, é importante consignar que a questão racial foi inconclusiva na pesquisa realizada. Essa limitação pode ser explicada pelas restrições das bases de dados, que dificilmente disponibilizam essa informação, e pela quantidade exígua de amostras avaliadas. Disso decorre a necessidade de se recorrer a outras pesquisas sobre o tema, que podem subsidiar as conclusões aqui formuladas.

Nesse contexto, é válido destacar a pesquisa conduzida pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso da Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. A instituição apurou casos de reconhecimento fotográfico em sede policial que não foram confirmados em juízo e que foram contemplados por sentenças absolutórias posteriormente. A pesquisa investigou fatos ocorridos ou processos iniciados entre maio de 2012 e julho de 2020, em 10 estados, concluindo que 83% dos prejudicados

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 76.

eram negros (pretos e pardos)⁴², revelando maior incidência dos casos aqui investigados em pessoas com essa característica.

A constatação mais significativa, no entanto, extraída da análise jurisprudencial realizada foi a verificação de que diversas decisões deixaram explícita sua franca preferência pela narrativa das vítimas, das testemunhas e/ou dos(as) policiais, unicamente por ocuparem essa posição processual ou funcional. Fizeram questão, ainda, de consignar que essa inclinação estava relacionada à natureza da infração penal: crimes patrimoniais, que são essencialmente praticados por pessoas pertencentes a setores social e economicamente subintegrados. Em verdade, as narrativas das vítimas até foram desconsideradas em alguns momentos, mas apenas quando manifestaram dúvida e infirmaram a culpa da pessoa acusada, jamais para fazer valer a presunção de inocência.

Trata-se, pois, de uma interpretação diametralmente oposta ao preconizado pela Constituição Federal, ao se considerar a pessoa acusada presumidamente mentirosa e culpada, exclusivamente em razão da posição que ocupa no processo penal e da natureza do crime que lhe foi imputado. Aliás, como se nota pelos excertos colacionados, essa presunção de culpa não alcança os acusados por crimes de colarinho branco ou crimes tradicionalmente cometidos por autoridades públicas ou pessoas de elevado poder aquisitivo. Isso porque as decisões analisadas fizeram questão de esclarecer que a preferência pelas narrativas de vítimas, testemunhas e policiais se aplicava (apenas) aos crimes patrimoniais.

A expressão “narrativa” é usada de forma proposital nesse contexto, porque não é novidade a tese do processo como narrativa ou *story-telling* jurídico e processual, que oferece construções interpretativas de eventos e um “método para descobrir aquilo que verdadeiramente ocorreu”⁴³. E, como histórias que são, “são perigosas e abertas à suspeição” e “abrem caminhos para a imprecisão, para a variabilidade, bem como manipulações

⁴² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso da Justiça. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial*. Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁴³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 54.

na reconstrução dos fatos”. Estão, ainda, suscetíveis a “perigos de erro, de incompletude, de manipulações e de reconstruções incorretas dos fatos [...], podendo levar a equívocos dramáticos e a erros substanciais na decisão final da controvérsia”⁴⁴.

Mais do que isso, como narrativa construída, o processo tem uma perspectiva cultural: “qualquer narrativa funda-se em uma cultura e é construída através de uma cultura (compreendida como conhecimento de mundo)”, fazendo sempre referência ao pano de fundo cultural de cada narrador, também chamado de *stock of knowledge*⁴⁵. Esse pano de fundo cultural inclui diversos “ingredientes”: preconceitos (sexuais, raciais, religiosos, étnicos e profissionais), tramas (práticas e comportamentos considerados normais em uma comunidade, que condicionam a valoração dos fatos), estereótipos e perfis (são “generalizações grosseiras” e “uma espécie de idealização de personagens típicos que se comportam em modos típicos”, “usados como um meio para reconduzir pessoas ou comportamentos específicos a tipos bem conhecidos”), generalizações de senso comum e quantificações estatísticas ou probabilísticas não justificadas e não verificadas⁴⁶.

Todos esses dados, portanto, permitem induzir que a pessoa prejudicada pelo erro judiciário decorrente de falhas no reconhecimento de pessoas é aquela acusada da prática de crime patrimonial, que possui baixo grau de escolaridade e empregos mal remunerados. Normalmente, também já tiveram algum contato prévio com a atividade criminosa e são, preponderantemente, negras. Resta, assim, apenas verificar a estreita relação entre esses dados e o fenômeno da injustiça epistêmica.

2. A INJUSTIÇA EPISTÊMICA NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

A partir da análise jurisprudencial qualitativa formulada na primeira seção, não restam dúvidas de que os erros judiciários causados por falhas no reconhecimento de pessoas decorrem não apenas da inobservância do procedimento, mas também e sobretudo de estereótipos

⁴⁴ Ibid., p. 54-55.

⁴⁵ Ibid., p. 78.

⁴⁶ Ibid., p. 78-82.

socioeconômicos e, até mesmo, raciais. Decorrem, ainda, do desprezo de narrativas de pessoas específicas, que pertencem a setores subintegrados da sociedade e que ocupam “o banco dos réus” em crimes patrimoniais.

É claro que, ao contrário do que se verificou quanto à posição processual de réu e à natureza da infração penal, em relação aos quais houve explícita preterição narrativa, os depoimentos das vítimas e das testemunhas não deixaram expressas as influências que os preconceitos e estereótipos atinentes às características sociais, econômicas e raciais exerceram sobre seu (sub)consciente no momento do reconhecimento. Da mesma forma, as decisões judiciais analisadas não consignaram sua inclinação a uma ou outra narrativa com base nesses critérios. No entanto, a uniformidade das características processuais e pessoais dos(as) acusados(as) não permite outra conclusão senão a de que existem, em relação a essas características, preconceitos que influem diretamente no reconhecimento pessoal e na decretação da prisão. É nesse contexto, portanto, que se pode falar em injustiça epistêmica, mais especificamente em injustiça testemunhal.

A injustiça epistêmica é uma “injustiça distributiva em relação a bens epistêmicos”⁴⁷, como informação, educação e credibilidade. Especificamente em sua dimensão testemunhal, consiste em um “mal feito a alguém especificamente por sua capacidade como conhecedor” (sujeito epistêmico). “Ocorre quando o preconceito faz com que o ouvinte dê um nível de credibilidade deflacionado à palavra de um orador”, em razão de um “preconceito na economia da credibilidade”⁴⁸. Em outras palavras, “uma injustiça testemunhal ocorre quando um sujeito tem sua capacidade de testemunhar algo a alguém reduzida ou impedida por conta de um preconceito de identidade”⁴⁹, “devido ao seu pertencimento a um ou mais grupos sociais”⁵⁰. Explica-se.

⁴⁷ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Nova Iorque: Oxford, 2007. p.1, tradução nossa.

⁴⁸ *Ibid.*, p.1, tradução nossa.

⁴⁹ SANTOS, Breno R.G. Injustiça Epistêmica. In: OLIVEIRA, Rogel Esteves de *et al.* (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*. Porto Alegre: Fi, 2022. p. 561-583. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/ebook/625epistemologia>>. Acesso em: 13 fev. 2023. p. 565.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 567.

A injustiça testemunhal está intimamente atrelada à noção de poder social, consistente na capacidade de agentes sociais influenciarem no funcionamento das coisas no mundo⁵¹. O objetivo desse poder é efetuar o controle social:

Com o nascimento do delinquente, uma posição do sujeito é criada como o assunto para certos discursos teóricos; com a privação de direitos de um determinado grupo social, o interesse desse grupo se torna politicamente dispensável⁵².

Em alguma medida esse poder sempre se manifesta estruturalmente, porque depende de uma coordenação prática entre os demais agentes sociais. Afinal, “qualquer operação de poder depende do contexto de um mundo social funcional – instituições compartilhadas, significados compartilhados, expectativas compartilhadas”⁵³. Para além da coordenação prática, no entanto, em alguns casos, o poder depende, ainda, de uma coordenação social imaginativa, isto é, de concepções presentes no imaginário coletivo social que equivalem a estereótipos (isto é, associações e generalizações de um atributo a um grupo social) e que são compartilhadas pelos agentes sociais⁵⁴.

Como melhor explicado por Santos⁵⁵, esses estereótipos não são necessariamente um problema, pois podem até ser úteis em tarefas cotidianas. O problema é quando eles se manifestam como preconceitos de identidade e servem de critério para a avaliação da credibilidade do interlocutor nas trocas testemunhais. Isso gera uma disfunção epistêmica (o ouvinte faz um “juízo depreciativo da credibilidade do orador”, prejudicando a aquisição do conhecimento) e um problema ético (“o orador é injustamente prejudicado em sua capacidade como conhece-

⁵¹ FRICKER, op. cit., p. 10.

⁵² Ibid., p. 13, tradução nossa.

⁵³ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Nova Iorque: Oxford, 2007. p. 12, tradução nossa.

⁵⁴ Ibid., p. 17, tradução nossa.

⁵⁵ SANTOS, Breno R.G. Injustiça Epistêmica. In: OLIVEIRA, Rogel Esteves de et al. (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*. Porto Alegre: Fi, 2022. p. 561-583. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/ebook/625epistemologia>>. Acesso em: 13 fev. 2023. p. 565.

dor”)⁵⁶. Em outras palavras, o marco distintivo da injustiça testemunhal em relação a outras formas de rejeição de uma narrativa é a influência do preconceito de identidade, que faz com que haja uma distorção na credibilidade atribuída a um sujeito epistêmico:

A ideia é que o preconceito tenderá a aumentar ou diminuir a credibilidade atribuída ao falante e, às vezes, isso será suficiente para atravessar o limiar da crença e da aceitação, de modo que o preconceito do ouvinte o fará perder parcelas do conhecimento⁵⁷.

Assim, “o sujeito que comete a injustiça o faz a partir da posse de um afeto negativo de identidade que associa pejorativamente características morais, políticas e epistêmicas ao seu interlocutor”⁵⁸. Esse raciocínio epistemológico opõe-se à chamada norma evidencialista, que impõe que o julgamento de credibilidade do(a) interlocutor(a) de um(a) ouvinte seja compatível com as evidências de que esse(a) orador(a) está falando a verdade. Significa que, quando um(a) ouvinte forma seu convencimento sobre a credibilidade de um(a) interlocutor(a), deve confrontá-lo(a) com as evidências disponíveis, bem como com as evidências que deveria ter disponíveis, não se admitindo, portanto, uma exposição limitada às evidências⁵⁹.

Com efeito, o percurso ideal da epistemologia é o de, inicialmente, pesquisar e avaliar objetivamente todas as evidências sobre uma questão com o objetivo de, apenas então, chegar à conclusão imparcial que elas impõem. O vício nesse percurso causa um desvio inaceitável, conhecido como *confirmation bias* (viés de confirmação). Trata-se da construção do caso para justificar uma conclusão já pronta, a partir da coleta seletiva ou atribuição de valor e peso indevidos às evidências

⁵⁶ FRICKER, op. cit., p.17, tradução nossa.

⁵⁷ Ibid., p. 17, tradução nossa.

⁵⁸ SANTOS, op. cit., p. 567.

⁵⁹ LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (ed.). *Believing in Accordance with the Evidence*. v. 398. Cham: Springer, 2018. p. 145-168. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-95993-1_10>. Acesso em: 16 set. 2022. p. 160.

que dão subsídio à posição de alguém, negligenciando ou descartando evidências aptas a contradita-la⁶⁰.

Quando esse percurso ideal, portanto, é violado e o(a) ouvinte atribui a(o) interlocutor(a) credibilidade inferior às evidências de que ele(a) está falando a verdade, ocorre um déficit de credibilidade, que caracteriza a injustiça epistêmica testemunhal⁶¹. A consequência desse julgamento deflacionado da credibilidade do(a) depoente é que o(a) orador(a) se torna incapaz de transmitir seu conhecimento ou sua percepção sobre os fatos testemunhados⁶². Dessa forma, é possível dizer, em resumo, que a injustiça testemunhal ocorre quando um(a) ouvinte viola a norma evidencialista, ignorando evidências relevantes e atribuindo uma depreciação à credibilidade do(a) interlocutor(a) em razão de algum preconceito, destituindo-o(a) de sua capacidade de sujeito epistêmico (conhecedor(a))⁶³.

Importante ressaltar, contudo, que, diante da análise jurisprudencial formulada na seção anterior, é preciso concordar com Lackey, que, ao contrário de Fricker, acredita que a injustiça testemunhal também pode decorrer de um excesso de credibilidade que se atribui a *experts* ou autoridades em geral em razão de seu status social. Isso leva a uma resistência ou insensibilidade em relação a evidências relevantes, causando a chamada visão do túnel epistêmica: apenas uma tese é perseguida com determinação, sem considerar todo conjunto probatório. Da mesma forma, o próprio ouvinte pode atribuir excesso de credibilidade a si mesmo, como um viés em favor de si mesmo, que o impossibilita de reconhecer suas próprias fragilidades⁶⁴.

Com efeito, nos casos de erro judiciário analisados, a equivocada formação da culpa se concretizou pela preponderância que se atribuiu ao

⁶⁰ NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1037/1089-2680.2.2.175>>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 175.

⁶¹ LACKEY, op. cit., p. 146.

⁶² FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Nova Iorque: Oxford, 2007. p. 17.

⁶³ LACKEY, op. cit., p. 146.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 149-156.

depoimento da vítima ou da testemunha, cuja credibilidade é inflacionada (excesso de credibilidade), em relação ao depoimento do(a) acusado(a), o que foi expressamente consignado em algumas decisões. Com isso, na disputa entre a palavra de ambos, a credibilidade que se atribui a cada um dos sujeitos foi decisiva para a prisão ou para a liberdade, para a condenação ou para a absolvição. Da mesma forma, há que se considerar o excesso de credibilidade que se atribui às autoridades policiais responsáveis pela condução dos(as) acusados(as), pela realização da prova de reconhecimento ou pelo desenvolvimento da investigação, o que também foi explícito na pesquisa desenvolvida.

Também em oposição a Fricker, Lackey assevera que a injustiça testemunhal deve sim ser verificada em uma dimensão relacional e distributiva. Assim, também há injustiça testemunhal “quando a credibilidade é distribuída de forma inadequada entre os membros de um contexto comunicacional ou uma comunidade, em razão de um preconceito”⁶⁵. Portanto, ainda que se atribua a credibilidade adequada a um(a) interlocutor(a), se aos(às) demais se atribui um excesso de credibilidade, também haverá injustiça testemunhal, pois o resultado prático é o mesmo de uma avaliação deficitária. Afinal, a credibilidade não é um bem infinito, então “quando alguém recebe muito, outros frequentemente recebem menos”⁶⁶.

Nesse sentido, os julgamentos penais, que são “uma prática epistêmica por excelência”⁶⁷, são um exemplo bastante contundente sobre a finitude da credibilidade enquanto bem epistêmico. Isso porque a satisfação da pretensão acusatória implica necessariamente na rejeição da pretensão defensiva, ou vice-versa. Assim, uma vez atribuído o excesso de credibilidade à pessoa que figura em um polo processual, automaticamente a

⁶⁵ LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (ed.). *Believing in Accordance with the Evidence*. v. 398. Cham: Springer, 2018. p. 145-168. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-95993-1_10>. Acesso em: 16 set. 2022. p. 157, tradução nossa.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 166, tradução nossa.

⁶⁷ SANTOS, Breno R.G. Injustiça Epistêmica. In: OLIVEIRA, Rogel Esteves de et al. (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*. Porto Alegre: Fi, 2022. p. 561-583. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/ebook/625epistemologia>>. Acesso em: 13 fev. 2023. p. 5671.

credibilidade é retirada do(a) adversário(a), concretizando a dimensão distributiva da injustiça epistêmica.

Na justiça penal, em que os fatos criminais estão sob discussão, o resultado do processo dependerá, em última análise, de quem conseguiu ter sua versão dos fatos como mais digno de crédito. [...] Em situações como essa, em que as transações epistêmicas são uma competição de credibilidade entre sujeitos, excesso de credibilidade e déficit de credibilidade são dois lados da mesma moeda⁶⁸.

Como se verifica, é válida, nesse contexto, a crítica que doutrina faz à visão limitada de Fricker sobre a injustiça epistêmica, que obstaculiza sua completa aplicação no cenário jurídico⁶⁹. Com efeito, é preciso considerar outras formas de injustiça epistêmica que prejudicam grupos sociais e políticos vulneráveis, como as consideradas por Lackey⁷⁰.

A partir de todos esses elementos, é possível deduzir que a injustiça epistêmica é, em última análise, a própria causa dos erros judiciais, porque eles estão atrelados, preponderantemente, a uma prova de reconhecimento mal produzida. As falhas no reconhecimento, por sua vez, decorrem, em um primeiro momento, de estereótipos que influenciam vítimas e testemunhas que atuam em reconhecimentos que não atendem aos comandos legais. Em um segundo momento, decorrem da desvalorização do depoimento do(a) acusado(a) de crimes patrimoniais por parte das autoridades públicas e judiciais que avaliam a prova e chancelam esses estereótipos. Foi a mesma conclusão sinalizada por Páez e Matida, ao analisarem o cenário jurídico-penal brasileiro:

As condenações de pessoas inocentes com base na identificação inválida podem ser examinadas pelas perspectivas de Fricker e Lackey. Nas investigações de roubos, é comum a situação em

⁶⁸ PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-38, jan./abr. 2023. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/21/26>>. Acesso em: 17 maio 2023. p. 21, tradução nossa.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 18.

que a palavra do réu (preto, pobre e da favela) não é levada em conta. Quando ele é ouvido (porque, em muitos casos, ele não é), sua versão é rapidamente desqualificada. [...] Em complemento a esses casos de identificação contaminada, é importante traçar os casos em que o excesso de credibilidade foi automaticamente atribuído à polícia sem qualquer preocupação em obter outras versões. Durante as operações policiais, as declarações da polícia recebem sistematicamente mais credibilidade que o testemunho das vítimas da violência policial⁷¹.

Consequentemente, é a pessoa negra, de baixa escolaridade e de baixa renda, com empregos menos prestigiados e que já teve algum contato com a atividade criminosa, isto é, a protagonista dos crimes patrimoniais e das decisões analisadas, que é prejudicada pelo reconhecimento viciado. O problema é que essa prova constitui, na maioria das vezes, o fundamento exclusivo da prisão ou da condenação. Como reconhece a doutrina especializada:

O reconhecimento formal do suspeito tem, *mutatis mutandis*, a mesma função da confissão: permitir à autoridade policial considerar encerrada a tarefa de investigar a autoria delitiva e, por conseguinte, considerar provado o crime, em seus aspectos objetivo e subjetivo. [...] A denúncia é oferecida, o acusado, provavelmente, já estará preso – com base também nessa prova isolada – e o processo caminhará até a instrução, na qual, mesmo com a ausência de confissão do réu, e sem que se perquiria sobre o procedimento adotado no momento do reconhecimento na delegacia, o juiz, à luz da confirmação, pela vítima, de que reconheceu mesmo o imputado na fase inquisitorial, o condena às penas do crime de roubo⁷².

Com isso, a injustiça epistêmica, especificamente a injustiça testemunhal, triunfa, na medida em que os estereótipos preconceituosos que

⁷¹ Ibid., p. 29-30, tradução nossa.

⁷² SCHIETTI CRUZ, Rogério. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio/ago. 2022. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/717/445>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 583.

permeiam a posição processual de acusados(as) e réus(réus) e os grupos socioeconômicos e raciais subintegrados, deflacionam sua credibilidade (déficit de credibilidade). Isso ocorre através de uma coordenação social imaginativa que contamina as próprias vítimas e testemunhas que participam da prova de reconhecimento e é posteriormente chancelada pelo juízo. Essas pessoas acusadas têm, com isso, sua capacidade de transmissão de conhecimentos desprezada, ignorando-se, assim, sua posição como sujeito epistêmico.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, embora em caso concreto diverso, o instituto da injustiça epistêmica, no AREsp 1940381/AL. Tratava-se de acusação de menor por ato infracional análogo a homicídio tentado, cuja condenação se baseou nos depoimentos indiretos do bombeiro e da policial militar que atenderam a ocorrência, sem que houvesse a produção de qualquer prova direta e ignorando-se a tese da legítima defesa apresentada pelo réu. O STJ entendeu, então, que o Estado se omitiu e deixou de produzir as provas que estavam ao seu alcance, incorrendo em perda de uma chance probatória. O Superior Tribunal também asseverou que houve injustiça epistêmica pela desconsideração da narrativa do réu, que era “jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência”⁷³.

Como se verifica, a pessoa prejudicada não estava nem um pouco distante do perfil aqui identificado. Por isso, essa decisão deve ser festejada, uma vez que oferece um indício de que os tribunais já não toleram esse fenômeno, o que se espera ser estendido aos casos de erro judiciário, sobretudo quando decorrentes do reconhecimento de pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise jurisprudencial e da revisão bibliográfica sobre o tema, é possível responder satisfatoriamente à pergunta formulada na

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.940.381. Agravante: M.B.B. Agravado: Ministério Público do Estado do Alagoas. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 14 dez. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021>. Acesso em: 16 set. 2022.

introdução, isto é, de que forma os estereótipos e a injustiça epistêmica se manifestam nos casos de erro judiciário decorrentes do reconhecimento de pessoas.

Percebe-se que, nesses casos, os preconceitos que acometem indivíduos negros, de baixa escolaridade e de baixa renda, com empregos menos prestigiados e que já tiveram algum contato com a atividade criminosa não se manifestam de forma explícita. No entanto, são determinantes, o que fica claro, em primeiro lugar, pela uniformidade com que essas características apareceram na amostra jurisprudencial analisada. Em segundo lugar, pela suficiência do reconhecimento como prova para a prisão ou para a condenação dessas pessoas, mesmo quando destituído de outras provas que corroborassem com a acusação. A análise empírica, por outro lado, revela que os estereótipos ligados à natureza da infração penal – que, em última análise, está essencialmente relacionada também às características pessoais do(a) acusado(a) – e à posição processual da pessoa não apenas são bastante explícitos, como são assumidamente levados em conta pelo juízo.

De todo modo, os resultados demonstram que esses estereótipos preconceituosos são o critério de distribuição de credibilidade às narrativas e aos sujeitos epistêmicos. Isso revela, a partir do aprofundamento teórico, um típico caso de injustiça epistêmica, que, especificamente em sua dimensão testemunhal, se manifesta como fenômeno imanente nos casos de erro judiciário, constituindo sua principal causa.

A identificação desse fenômeno como causa e a consequente possibilidade de prevenção e mitigação da ocorrência de erros judiciários é fundamental. Toda comunidade e a própria democracia se beneficiam de um sistema penal idôneo e imparcial, que zela pela distribuição assertiva e equitativa da credibilidade. São características que legitimam o poder punitivo e estimulam o cumprimento voluntário das normas penais.

Afinal, é cediço que a persecução penal não possui recursos humanos, materiais e financeiros infinitos. Assim, quando sobrecarrega populações específicas, naturalmente precisa desviar a atenção em relação a outros grupos, assegurando, por via oblíqua, a impunidade, tão prejudicial à credibilidade da justiça penal e à efetivação das normas. Ademais, essa investigação contribui para a identificação e para a conscientização a respeito da existência de um imaginário social contaminado

por preconceitos relativos a classes sociais, cor, antecedentes criminais e posições processuais, cujo enfrentamento é igualmente importante para o melhor convívio social.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 489-510, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.665>.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso da Justiça. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial*. Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2022.

DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 523-566, maio/ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.746>.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>>. Acesso em: 05 out. 2022.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Nova Iorque: Oxford, 2007.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário: e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*. São Paulo: Leud, 1995

LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (org.). *Believing in Accordance with the Evidence*. v. 398. Cham: Springer, 2018. p. 145-168. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10.

LEITE, Sara Ribas Ortigosa; BAHIA, Claudio José Amaral (2023): *Decisões do STJ - critérios de inclusão e de exclusão*. figshare. Dataset. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.22844222.v2>

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. <https://doi.org/10.1037/1089-2680.2.2.175>.

PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-38, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.821>.

SANTOS, Breno R.G. Injustiça Epistêmica. In: OLIVEIRA, Rogel Esteves de *et al.* (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*. Porto Alegre: Fi, 2022. p. 561-583. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/ebook/625epistemologia>>. Acesso em: 13 fev. 2023. <https://doi.org/10.22350/9786559176250>.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio/ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>.

SEÑA, Jorge F. Malem. *El erro judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.

STEIN, L. M; ÁVILA, Gustavo Noronha. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59), 2015. E-book.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

Authorship information

Sara Ribas Ortigosa Leite. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/Universidade de São Paulo (2018) e especialização em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2022). Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Funcionária pública federal. sararibas.leite@gmail.com.

Claudio José Amaral Bahia. Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1996) e Mestrado em Direito Constitucional pela mesma instituição (2002). Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra (2020). Professor, na graduação, na Instituição Toledo de Ensino de Bauru e na Faculdade Itéana de Botucatu e, na pós-graduação lato e stricto sensu, na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. claudio_amaralbahia@hotmail.com.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Sara Ribas Ortigosa Leite:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Claudio José Amaral Bahia:* validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 01/12/2022
- Desk review rejection: 15/01/2023
- Resubmission: 18/02/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/03/2023
- Review 1: 13/04/2023
- Review 2: 01/05/2023
- Preliminary editorial decision: 12/05/2023
- Correction round return: 23/05/2023
- Final editorial decision: 15/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LEITE, Sara R. O.; BAHIA, Claudio J. A. O erro judiciário e a injustiça epistêmica no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 1003-1034, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.815>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.