

“Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas

Sumario

-
El trabajador entrevistado en el marco de una investigación penal interna sobre un hecho en el que ha intervenido de forma penalmente relevante se enfrenta a un amargo dilema: confesar o ser despedido. A menos que la vigencia del derecho a no declarar contra sí mismo se extienda a los resultados de este tipo de indagaciones, la posición jurídica del trabajador en el proceso penal público se ve gravemente debilitada. En el presente trabajo se exploran las vías para que la mayor eficacia en la prevención y persecución del delito, conseguida con la inyección de recursos privados en forma de investigaciones internas, se alcance en beneficio de todos y no sólo a costa de los derechos y garantías procesales del trabajador por cuenta ajena.

Abstract

-
The employee interviewed during an internal investigation conducted in relation with a crime in which he has participated faces a bitter dilemma: either talk or walk. Unless the right against self-incrimination is considered enforceable with respect to the results of an internal investigation, the worker's defense in a criminal law procedure becomes strongly weakened. In this paper it is explored how the improvement on crime prevention and prosecution provided by internal investigations can be reached in benefit of all, instead of being achieved at the expense of the employees defense rights.

Abstract

-
Der Arbeitnehmer, der im Rahmen einer internen Untersuchung zu einem allfällig strafrechtlich relevanten Tatbestand befragt wird, steht in der Regel vor dem Dilemma entweder ein Geständnis abzulegen oder eine Kündigung in Kauf zu nehmen. Sollte das Selbstbelastungsfreiheit auf die Ergebnisse von internen Untersuchungen keine Anwendung finden, muss von einer schweren Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung des Arbeitnehmers in strafrechtlichen Prozessen ausgegangen werden. In der vorliegenden Abhandlung wird dargelegt, inwieweit die Durchführung von internen Untersuchungen zur Prävention sowie Verfolgung von Delikten beitragen kann, ohne dabei die Rechtsposition des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen.

Title: “Talk or walk”: the application of the right against self-incrimination to the results of an internal investigation.

Titel: “Knast oder Kündigung”: die Rolle der Selbstbelastungsfreiheit bei internen Ermittlungen.

-
Palabras clave: Investigaciones Internas, Trabajador por Cuenta Ajena, Confesión, Agente del Estado, Derecho a no Autoincriminarse, Nemo Tenetur, Juicio Justo, Juicio con todas las Garantías, Prueba Ilícita, Efecto Reflejo.

Keywords: Internal Investigation, Employee, Confession, State Agent, State Action, Right against Self-incrimination, Nemo Tenetur, Fair Trial, Evidence, Exclusionary Rule.

Stichwörter: *Interne Untersuchungen, Arbeitnehmer, Geständnis, Agent des Staates, Selbstbelastungsfreiheit, Nemo Tenetur, Faires Strafverfahren, Beweisverwertungsverbot, Fern Wirkung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i4.06

-

4.2020

Recepción
06/06/2020

-

Aceptación
27/08/2020


-

Índice

-

- 1. El fenómeno problemático**
- 2. Doctrina jurisprudencial sobre la eficacia probatoria en el proceso penal de las fuentes de prueba obtenidas por un particular**
- 3. Concepto y clases de investigaciones internas**
- 4. Investigaciones internas imputables al Estado**
- 5. Investigaciones internas no imputables al Estado**
 - 5.1. Investigaciones internas en las que se observan los estándares exigidos a las autoridades públicas
 - 5.2. Investigaciones internas en las que no se observan los estándares exigidos a las autoridades públicas
 - a. Supuestos en los que el Estado actúa en fraude de Ley
 - b. Supuestos en los que el Estado no actúa en fraude de Ley
- 6. Efectos jurídico-procesales de la inobservancia, en la investigación interna, de las garantías reconocidas al investigado en un proceso penal público**
 - 6.1. Momento en el que se producen los efectos jurídico-procesales
 - 6.2. Naturaleza y alcance material de los efectos jurídico-procesales
- 7. Recapitulación**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. El fenómeno problemático*

“Confesión o finiquito”. “*Talk or walk*”, en inglés.¹ Ante este amargo dilema se pueden ver abocados los trabajadores que, en el marco de una investigación privada conducida por su empleador, son entrevistados —cuando no interrogados— en relación con hechos ocurridos en el marco de la relación laboral y con visos de relevancia penal.

Salvo que, en el caso concreto, el trabajador no cargue con un deber laboral de informar (*vid. infra* 5.2.b).aa)), la elección es bastante clara: cuando declarar implica una autoincriminación, lo más razonable es optar por el finiquito, puesto que la confesión de haber cometido un delito justifica el despido disciplinario (art. 54 Estatuto de los Trabajadores, en adelante, “ET”). Pero cuando la infracción laboral ha prescrito (los plazos son muy inferiores a los de la prescripción del delito: véanse arts. 60.2 ET, 131 CP) o la entidad renuncia al despido disciplinario o a otras sanciones laborales, así como a las acciones civiles y penales que pudieran proceder, la decisión por una u otra opción no es tan evidente.

La razón es que, pese a la oferta de amnistía, la entidad no puede garantizar que las declaraciones del “entrevistado” no acaben en manos o a oídos de las autoridades públicas competentes de perseguir el delito. Las probabilidades de que esto ocurra son bajas cuando la investigación interna se implementa con la intención de esclarecer un hecho supuestamente constitutivo de un delito contra la entidad: una administración desleal, una revelación de secreto empresarial, etcétera. Pero cuando la indagación interna tiene por objeto hechos que afectan a terceros concretos (delitos de estafa, p.e.) o, fundamentalmente, al interés general (delitos de corrupción, contra el medio ambiente o contra la Hacienda Pública, por ejemplo), las posibilidades de que las autoridades públicas competentes impulsen con ímpetu una investigación sobre el asunto aumentan considerablemente, en particular si la empresa es grande y existe interés mediático en el tema.

En estos casos, las vías por las que las declaraciones del trabajador pueden acabar en poder de las autoridades públicas son, principalmente, dos: los mecanismos de coerción legítima puestos a disposición de las autoridades (incautación de la documentación relacionada con las pesquisas,² declaración obligatoria de testigos, etc.) y la colaboración por parte de la entidad que ha decidido autoinvestigarse.

* Autor de contacto: Albert Estrada i Cuadras, albert.estrada@uam.es. Este trabajo se ha elaborado en el marco de la Ayuda Juan de la Cierva – Formación, concedida por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad el 8/11/2017 y ejecutado bajo la tutela de la Prof.^a Dra. Mercedes Pérez Manzano, a quien se aprovecha este espacio para agradecerle el magisterio, la confianza y el inmejorable trato recibidos. También se quiere dar las gracias al resto del área de Derecho penal de la UAM, al Prof. Dr. Juan Damián Moreno, por su generosa colaboración, y al Prof. Dr. Luíís Greco, por su atenta acogida en la Humboldt-Universität zu Berlin, donde pude realizar una breve pero valiosísima estancia de investigación. La referencia de la ayuda es la combinación “FJCI-2016-30003”.

¹ WING, «Corporate internal investigations and the Fifth Amendment», *Business Law Today*, September, 2014, p. 4; WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 100 ss.

² AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, (2), 2020, pp. 293 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, «Las investigaciones internas: el *Attorney Privilege* y el *Work Product Privilege*», en ALCOLEA CANTOS/PARDO PARDO (coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, 2019, pp. 251-265.

La segunda vía no es residual. Tanto las personas jurídicas como las personas físicas al frente de estas tienen buenas razones para colaborar con las autoridades. Para las entidades, disponer de un protocolo de investigaciones internas idóneo y ejecutarlo cuando proceda son condiciones necesarias para que su programa de cumplimiento sea considerado eficaz y, en su caso, dé lugar a la exención de responsabilidad penal (art. 31.bis.2 CP).³ Subsidiariamente, la implementación de este tipo de indagaciones permite optar a la atenuante de colaboración, prevista en el art. 31.quater.b) CP.

Lo mismo cabe decir de los representantes y altos directivos de las personas jurídicas. El recurso a una investigación interna ante la existencia de sospechas fundadas de delito forma parte del deber de diligencia de un ordenado empresario (art. 225.1 y .3 Ley de Sociedades de Capital), así como del deber de cuidado inherente a los tipos penales que se pueden haber realizado.⁴ Cumplir con este deber puede evitar su responsabilidad penal individual. En todo caso, la entrega de los resultados de la investigación interna también podría atenuarla si equivale a una confesión (art. 21.4.^a CP) o supone una colaboración a la que el Juez o Tribunal confieren efectos penológicos análogos a los de la confesión (art. 21.7.^a CP).

Los incentivos a favor de implementar una investigación interna se multiplican cuando los hechos caen bajo la competencia de la SEC (*Securities and Exchange Commission* de los EE.UU.) y/o del DoJ (*Department of Justice* de los EE.UU.). Si la empresa opera en el tráfico económico internacional, ello puede ocurrir de modo más probable de lo que intuitivamente podría parecer.⁵ La forma más habitual de minimizar las gravísimas sanciones con las que estas autoridades amenazan a cualquier entidad sospechosa, estadounidense o extranjera, así como a sus responsables, es alcanzando un acuerdo de no procesamiento, definitivo (*Non Prosecution Agreement - NPA*) o provisional (*Deferred Prosecution Agreement - DPA*).⁶ *Conditio sine qua non* de estos acuerdos es que la entidad colabore con una investigación interna, conducida por despachos de abogados recomendados por estas autoridades, normalmente integrados por ex altos funcionarios suyos,⁷ y entregue toda la información obtenida a las autoridades.

Si bien nuestro modelo procesal penal —y el de los países de la Europa continental, en general— se caracteriza por un estricto sometimiento de las autoridades competentes de la persecución

³ MOOSMAYER, «Interne Untersuchungen in Unternehmen – Einführung und Überblick», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2ª ed., 2018, p. 1, nm. 1; ALCÁZER GUIRAO, «Retos para el Compliance penal: *Barbulescu*, *Falciani* y el reforzamiento de garantías en el proceso penal», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 33-35; MONTIEL, «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40-1), 2013, pp. 262-265.

⁴ HARTWIG, «Pflicht der Unternehmensleitung zur Durchführung interner Compliance Untersuchungen in Unternehmen und Konzern», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2ª ed., 2018, pp. 7-11; NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 236 ss. De otra opinión, MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40-1), 2013, pp. 262-265.

⁵ NIETO MARTÍN, «La prevención de la corrupción», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 324 ss.

⁶ ALEXANDER/COHEN, «The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements», *American Criminal Law Review*, (52), 2015, pp. 537-593; XIAO, «Deferred/Non prosecution agreements: effective tools to combat corporate crime», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, (23), 2013, pp. 233-253.

⁷ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 91 ss., 92.

penal al principio de legalidad, concediéndoles un escaso margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, no es menos cierto que disponen de un sistema de atenuantes y de conformidades que se prestan a este mismo tipo de transacciones.

A las razones a favor de la conducción de una investigación interna derivadas de los deberes e incentivos mencionados, deben sumarse las emanadas del temor por los costes reputacionales que una condena penal o el mero procesamiento “descontrolado” pueden tener para la entidad. Prueba de ello es la suerte que corrió la auditora Arthur Andersen en el caso Enron, que, tras negarse a pactar con las autoridades de los EE.UU., fue procesada y acabó disolviéndose, pese a que, finalmente, el Tribunal Supremo anuló su condena penal.⁸

Ante este panorama, se comprende el interés de las entidades susceptibles de responsabilidad penal y el de sus máximos representantes por el esclarecimiento completo de lo ocurrido, lo que se traduce en una tendencia de las investigaciones internas hacia las indagaciones prospectivas.⁹

En este contexto, la “entrevista” a los trabajadores se revela como una herramienta crucial, que algunos califican como “*el corazón de la investigación interna*”.¹⁰ A pesar de los importantes recursos humanos y materiales que se puedan llegar a destinar a estas pesquisas, a menudo solo los empleados de la entidad van a ser capaces de guiar a los investigadores entre el ingente número de documentación recopilada, o de hacerles comprender procedimientos de actuación fruto de largos años de experiencia y que normalmente no constan por escrito. En el escándalo de corrupción internacional que afectó a la compañía Siemens AG a principios de los años dos mil, en la investigación interna conducida por la empresa alemana se recopilaban en torno a 82 millones de documentos y se analizaron unos 38 millones de transacciones financieras. Los investigadores realizaron más de 1.750 entrevistas y mantuvieron más de 800 conversaciones informales.¹¹

Sin duda, la (co)responsabilización de la persona jurídica en la investigación de los delitos cometidos en el marco de su actividad presenta importantes atractivos. La implicación de las empresas supone una considerable inyección de recursos en la prevención y persecución de este tipo de criminalidad que, precisamente, se caracteriza por su especial complejidad. La endémica infradotación de la Administración de Justicia hace muy difícil investigar hechos a menudo intangibles, cuya única materialidad se esconde entre miles de documentos que, con frecuencia, van a ser indescifrables para cualquier persona ajena a reducidos ámbitos de especialización. A ello se añaden las dificultades para individualizar la responsabilidad dentro de los insondables organigramas de las personas colectivas, entre otros factores (elementos de internacionalidad, etcétera).

Ahora bien, estas mejoras en la eficacia y eficiencia del esclarecimiento de los hechos penalmente relevantes entrañan riesgos. Así, por ejemplo, la averiguación de la verdad objetiva

⁸ STOUT, «Conviction of Arthur Andersen is voided», *The New York Times*, 1/6/2005 (disponible en <https://www.nytimes.com/2005/06/01/business/worldbusiness/conviction-of-arthur-andersen-is-voided.html>).

⁹ ZERBES, «Unternehmensinterne Untersuchungen», *ZStW*, (125), 2013, p. 554.

¹⁰ DUGGIN, «Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview», *Columbia Business Law Review*, (3), 2003, pp. 864, 892.

¹¹ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 95 s.

se puede ver mermada en la medida en que la investigación se deja en manos de potenciales responsables del hecho criminal, actores claramente parciales en el asunto.¹² Una de las derivadas de este riesgo es que el diseño (o incluso los resultados) de las indagaciones se puede manipular en detrimento de otras personas, como, por ejemplo, un cargo intermedio al que se le convierte en cabeza de turco para conseguir la exoneración de la empresa o de los altos cargos.¹³

Existe también 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. Si estas garantías no se consideran trasladables a las relaciones entre privados y las fuentes de prueba obtenidas por las personas jurídicas son admitidas por los Jueces y Tribunales sin reparos, tales garantías devendrán papel mojado. Las autoridades competentes de la persecución del delito no tendrían más que requerir a la persona jurídica que haga entrega del material probatorio obtenido con su investigación interna para conseguir evidencias que, respetando las garantías constitucionales y legales previstas para la relación Estado-ciudadano, difícilmente habrían podido conseguir, o que solo habrían obtenido con grandes y, en ocasiones, inasumibles esfuerzos.

La cuestión es si las mejoras en la eficacia y eficiencia alcanzables con las investigaciones internas se pueden conseguir en beneficio de todos o solo a costa de los derechos e intereses de los trabajadores de las entidades autoinspeccionadas. ¿Estamos necesariamente ante un escenario de suma cero, en el que los beneficios de unos son la exacta contrapartida de las pérdidas de otros, o es posible conseguir una solución de suma positiva, en la que el saldo global es superior al escenario previo sin necesidad de empeorar la posición de ninguno de los intervinientes?

Para responder a esta pregunta, en lo que sigue se va a examinar, en primer lugar, qué eficacia conceden nuestros más altos tribunales a las fuentes de prueba obtenidas por un particular, en términos generales (*infra* 2.). Seguidamente, tras determinar el concepto de investigación interna del que aquí se parte y los tipos de indagaciones relevantes a los efectos de este trabajo (*infra* 3.), se van a analizar los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar el régimen de garantías que merece el trabajador en una investigación interna, así como frente a sus resultados (*infra* 4. y 5.). A continuación, se comentarán los efectos procesales de una fuente de prueba obtenida con una investigación interna, en particular una declaración contra uno mismo, que vulnere alguno de los derechos o garantías reconocidos al trabajador (*infra* 6.). En un último apartado se recapitularán las conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo (*infra* 7.).

2. Doctrina jurisprudencial sobre la eficacia probatoria en el proceso penal de las fuentes de prueba obtenidas por un particular

Los casos de defraudación fiscal descubiertos y condenados penalmente sobre la base de la conocida como “lista Falciani” han dado lugar a pronunciamientos recientes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Pleno del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad de

¹² NIEVA FENOLL, «Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio», *Jueces para la democracia*, (86), 2016, pp. 80 ss., 83, 90 s.

¹³ PRIETO GONZÁLEZ, «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 1101 ss., 1123.

fuentes de prueba obtenidas por un particular, en especial cuando éste las ha conseguido de forma antijurídica.

Según el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno n.º 97/2019, las fuentes de prueba obtenidas por actores privados adolecerán de ilicitud constitucionalmente relevante cuando: a) el material probatorio se haya obtenido violando un derecho fundamental de libertad o sustantivo; b) exista una conexión normativa entre la lesión del derecho y el proceso.

El juicio de conexión normativa —también conocida como “conexión de antijuridicidad”— se realiza mediante dos subjuicios: b.1) el llamado “control interno”, en el que se examina si la actuación del particular estuvo “*instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles*”; y b.2) el denominado “control externo”, en el que se debe “*valorar si existen necesidades de prevención general o de disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal*”, como por ejemplo el riesgo de que el concreto tipo de actuación lesiva llevada a cabo por el particular se propague.¹⁴

La postura sostenida por la Sala segunda del Tribunal Supremo es sustancialmente igual a la del Tribunal Constitucional. El posicionamiento de la Sala se resume en el siguiente fragmento de su STS n.º 116/2017, de 23 de febrero, relativa a un asunto vinculado con la “lista Falciani”:

“Pues bien, la Sala entiende 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” (FJ 6.º; subrayado añadido).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta es evidente que, cuando se trata de evidencias halladas por un particular, incluso el material probatorio conseguido de forma antijurídica puede ser admitido y valorado en un procedimiento jurídico-penal a través de los oportunos medios de prueba. Las únicas excepciones son las fuentes obtenidas mediante vulneraciones insoportables de un derecho fundamental (evidencia obtenida recurriendo a tratos degradantes, por ejemplo) y las conseguidas premeditadamente, con la finalidad de aportarlas a un procedimiento judicial como fuente de prueba.

En cuanto a la incorporación al procedimiento penal de las fuentes de prueba obtenidas por el particular, es preciso traer a colación la STS n.º 980/2016, p. Marchena Gómez. En esta sentencia se confirma la inadmisión de una fuente de prueba obtenida por el Ministerio Fiscal en el marco de las diligencias de investigación preliminares que está habilitado para practicar al amparo del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y del art. 773 LECrim. Las fuentes de prueba eran un cuerpo de escritura y el correspondiente informe pericial caligráfico. Según la Sala de lo penal, “*parece evidente que atribuir, sin más, eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por el Fiscal, al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim, supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquél*”. No obstante, la misma Sala advierte de que nada impide que tales fuentes de prueba sean introducidas a través de medios de

¹⁴ STC 97/2019, ponente Montoya Melgar, FJ 2º ss.

prueba válidos, como por ejemplo la declaración del perito en sede de juicio oral.¹⁵ Si ello es posible respecto de las fuentes de prueba obtenidas por una autoridad pública, con más razón debería serlo respecto de las obtenidas por un particular.

En la medida en que una investigación interna tiene por finalidad recabar fuentes de prueba de forma sistemática para aportarlas en un eventual pleito, cabe la posibilidad de que el material probatorio recopilado sea declarado inadmisibles o no valorable judicialmente en caso de haberse vulnerado algún derecho fundamental. Así ocurrió en un caso reciente enjuiciado por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en el que, precisamente, la empresa querellante había obtenido parte de las pruebas incriminatorias contra el querellado, un antiguo directivo de la entidad, mediante el análisis de su cuenta de correo electrónico corporativa. En su STS n.º 489/2018, de 23 de octubre,¹⁶ la Sala concluyó que el acceso al correo electrónico se había producido en vulneración del derecho fundamental a la intimidad del querellado (art. 18 CE). En consecuencia, consideró la prueba nula en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, revocó la sentencia de instancia y ordenó al Tribunal *a quo* dictar una nueva sin tener en cuenta las evidencias obtenidas con vulneración de tal derecho.

Ante este escenario, la pregunta es si las declaraciones de un trabajador obtenidas en el marco de una investigación interna, sin observancia de los derechos y garantías previstos a favor del investigado en un procedimiento penal público, son admisibles o valorables en un proceso jurídico-penal posterior o paralelo a la investigación interna. Se está pensando, por ejemplo, en el derecho de toda persona a conocer por qué hechos se le investiga, el derecho a no declarar contra sí misma, el derecho a ser asistida por un abogado o algo tan elemental como el derecho a conocer que está siendo investigada (arts. 118, 385 ss. LECrim).

En estos casos, ¿la inobservancia por parte del particular de estas garantías, previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vulnera algún derecho fundamental del trabajador? Y, en el supuesto de que tal inobservancia no sea vulneradora de un derecho fundamental, ¿se debe admitir la declaración del trabajador como fuente de prueba, en todo caso, o la doctrina jurisprudencial de los más altos tribunales españoles se debería matizar en relación con determinados casos de recolección de fuentes de prueba por parte de un particular?

La Sala segunda ha sido cauta al respecto en sus resoluciones, contemplando expresamente la posibilidad de introducir matizaciones a su doctrina. En la STS n.º 116/2017 se manifiesta explícitamente que el razonamiento del que se parte en los casos relacionados con la lista Falciani sobre valoración de las fuentes de prueba obtenidas por un particular “...no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una

¹⁵ Sobre esta cuestión véanse PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar*, t. II, 2018, pp. 1113-1118; AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, pp. 289 ss.

¹⁶ STS 489/2018, ponente del Moral García, FJ 14º ss.

llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto” (FJ 7.º; subrayado añadido).

En la STS n.º 489/2018 se subraya que la relación empleador-empleado presenta una diferencia sustancial con las relaciones entre particulares paradigmáticas. A saber: los desequilibrios que normalmente marcan la relación laboral, generalmente a favor del empleador. Ello impide hablar de plena horizontalidad, rasgo característico de las relaciones entre particulares:

“En las relaciones entre particulares, las exigencias de la doctrina de la prueba ilícita son más débiles porque las necesidades de protección y la potencialidad de agresión son en principio menores. Normalmente basta con las sanciones penales o, en su caso, las reacciones desde el ordenamiento privado.

Desde esa óptica, por ejemplo, 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 (STS 116/2017, de 23 de febrero).

Pero en otros casos, rige el mandato del art. 11.1 LOPJ.

En este supuesto hay que apresurarse, además, a advertir en la relación empresario-empleado existe [sic] un matiz diferencial que introduce algún desequilibrio y no permite hablar de plena horizontalidad” (subrayado añadido).

Más allá de estas consideraciones, ni la Sala de lo penal del Tribunal Supremo ni otras instancias con capacidad de sentar doctrina jurisprudencial en nuestro Ordenamiento Jurídico, como el Tribunal Constitucional o la Corte de Estrasburgo, se han pronunciado expresamente sobre las preguntas arriba formuladas. A la respuesta que se les ha dado desde nuestra doctrina, así como desde la doctrina y jurisprudencia de los EE.UU. y Alemania, se va a dedicar los apartados cuarto, quinto y sexto *infra*. Antes se va a precisar el concepto de investigación interna del que se parte y los tipos de indagaciones relevantes a los efectos de responder tales cuestiones.

3. Concepto y clases de investigaciones internas

El concepto de investigación interna puede abarcar muchos tipos de indagaciones. En este trabajo se va a emplear este par de términos para hacer referencia a las pesquisas llevadas a cabo por particulares que, actuando en representación de una persona jurídica, pretenden esclarecer un hecho presuntamente delictivo y cometido en el marco de la actividad desplegada por la organización. El concepto se reserva a aquellas investigaciones realizadas de forma planificada y sistemática, con mandato o respaldo del órgano competente dentro de la entidad para implementar estas medidas, o con apariencia de poseerlo.

Quedan fuera del objeto de este trabajo, entre otras, las averiguaciones que no partan de una sospecha previa. Así, por ejemplo, las que se llevan a cabo de forma aleatoria, para testar la eficacia del sistema de cumplimiento normativo. No se dejan al margen por falta de interés, sino porque presentan diferencias sustanciales con las aquí denominadas investigaciones internas, lo que obliga a conferirles un trato diferenciado que, por inevitables limitaciones de espacio, no se les puede dar aquí el tratamiento que merecen. La importancia de la existencia de una sospecha fundada de conducta penalmente relevante se pone de relieve cuando se advierte que algunos autores tan solo consideran legítimas aquellas investigaciones internas que partan de un indicio

de criminalidad.¹⁷ Sin necesidad de compartir la misma conclusión, cabe reconocer a estos autores que la presencia o ausencia de esta circunstancia debe tener consecuencias jurídicas relevantes.

Por el contrario, se incluyen en el objeto de estudio tanto las investigaciones implementadas por entidades susceptibles de responsabilidad penal como por organizaciones que no lo sean, e independientemente de que la indagación se haga para cumplir con deberes legales de diligencia (cuando la entidad ha sido instrumento de un delito que ha afectado a terceros) o para exigir responsabilidades al autor (cuando la entidad ha sido víctima del delito). A mi juicio, y anticipando conclusiones, creo que estas diferencias no son relevantes para determinar el grado y tipo de protección jurídica que merece el trabajador frente al empleador erigido en investigador privado.

Entre las investigaciones internas objeto de este trabajo, un criterio de distinción que se considera decisivo en relación con la eficacia probatoria de las declaraciones vertidas por los trabajadores es el relativo al grado de vinculación de la investigación interna con las autoridades públicas competentes de perseguir el hecho. En este sentido se distingue entre investigaciones internas imputables a tales autoridades, en las que el particular actúa como agente del Estado (*state agent*), e investigaciones internas no sustitutivas de la labor de los poderes públicos, conducidas de manera plenamente autónoma por el particular.¹⁸

El análisis que a continuación se efectúa de la posición jurídica del trabajador frente al empleador erigido en investigador privado se basa en la anterior distinción, sin perjuicio de que existan otros criterios relevantes a la hora de valorar la eficacia probatoria de las declaraciones del empleado vertidas en el marco de la investigación interna. Así, por ejemplo, la gravedad del hecho investigado o su grado de ejecución. No es lo mismo investigar un hecho ya consumado que uno en continua ejecución. Tampoco cabe medir por el mismo rasero la investigación de pequeños descuadres de caja que la comercialización masiva de productos potencialmente tóxicos para los consumidores o terceros. Sin embargo, el espacio de estos criterios de distinción se encuentra en un nivel de concreción más profundo.

Cuando la investigación interna es imputable al Estado, es pacífica la conclusión de que el procedimiento de obtención de pruebas debe someterse a los mismos estándares que el procedimiento penal público.¹⁹ La cuestión es, obviamente, cuándo la investigación interna es imputable al Estado. Existe un considerable grado de heterogeneidad en las respuestas que se han dado al respecto (*infra* 4.).

Por lo que se refiere a las investigaciones conducidas por un particular de forma plenamente autónoma, sin que su actuación pueda considerarse sustitutiva de la de las autoridades públicas

¹⁷ DE PRADA RODRÍGUEZ/SANTOS ALONSO, «Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas», *Anuario Jurídico Villanueva*, (8), 2014, pp. 287 ss., pp. 295 s.

¹⁸ REEB, *Internal Investigations*, 2011, pp. 6 ss.

¹⁹ GRECO/CARACAS, «Internal Investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (1), 2015, pp. 12 ss.; KASISKE, «Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen – Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren», *NZWiSt*, (7), 2014, pp. 262 ss.; ZERBES, *ZStW*, (125), 2013, pp. 563 ss.; KASPAR, «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *GA*, (160-4), 2013, pp. 213 ss.

competentes, existe una notable disparidad de opiniones en torno a si las garantías constitucionales y legales, previstas para las diligencias de investigación públicas, deben trasladarse a las privadas. A esta cuestión se dedicará el epígrafe *infra* 5.

4. Investigaciones internas imputables al Estado

La posibilidad de atribuir al Estado la actuación de un particular no es una ocurrencia doctrinal surgida *ad hoc* para el conflicto planteado por las investigaciones internas. En la teoría sobre validez de la prueba esta vía de solución se viene transitando desde hace tiempo en relación con los supuestos de provocación de autoinculpaciones a través de particulares que, de forma encubierta, actúan por cuenta de las autoridades públicas competentes de la investigación criminal.²⁰

En la STEDH *Allan v. Reino Unido*, n.º 48539/99, de 5.2.2003, la Sección 4ª de la Corte de Estrasburgo consideró que las persistentes preguntas formuladas durante varias semanas por el compañero de celda del demandante acabaron operando como el equivalente funcional de un interrogatorio conducido por agentes de la autoridad (*“functional equivalent of an interrogation”*- § 45 y ss). Después de que el demandante se negara a declarar ante las autoridades en reiteradas ocasiones, la policía judicial recurrió a un informante habitual, a quien había instruido, y le colocó como su compañero de celda, concienzudamente equipado con aparatos ocultos de grabación. El Tribunal consideró que el informante había actuado como agente del Estado porque, si no hubiese sido por la intervención de la policía judicial, el demandante y él nunca habrían entrado en contacto.

La Sala de lo penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente en la misma línea que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la **STS n.º 311/2018** (“caso Guateque”),²¹ la Sala segunda confirma la sentencia del Tribunal *a quo* en la que se rechaza la valoración como prueba de las grabaciones obtenidas por un particular respecto de las conversaciones mantenidas con el sospechoso de un hecho criminal, lo cual, junto al rechazo de la prueba derivada, conllevó la absolución de los acusados. El particular actuó a iniciativa de la Guardia Civil que, en funciones de policía judicial, estaba investigando el caso. Según los hechos probados, varios agentes de este cuerpo suministraron el aparato de grabación al particular, le instruyeron en su uso y planificaron las grabaciones con él. Ante este escenario, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo afirmó:

“...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. El principio de contradicción y los derechos de defensa y a no declararse culpable van más allá de un enunciado constitucional puramente formal. No son ajenos a una genuina dimensión ética, que pone límites a la capacidad de los poderes públicos para restringir derechos fundamentales y que, precisamente por su vigencia, han de operar un efecto disuasorio y excluyente frente a la tentación del Estado de eludir las

²⁰ SCHMITT, «§ 136a», en MEYER-GROSSNER (dir.), *Strafprozessordnung*, 2017, nm. 3 ss.; SCHUHR, «§ 136a», en KNAUER/KUDLICH/SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur StPO*, 2014, nm. 68 ss.

²¹ STS 311/2018, ponente Marchena Gómez.

garantías constitucionales, y de hacerlo al amparo de la actuación de cualquier persona que se sienta particularmente concernida en la investigación del delito” (subrayado añadido).

Ni la doctrina del Tribunal de Estrasburgo²² ni la del Tribunal Supremo van más allá en la elaboración y concreción de los criterios aplicables para determinar cuándo la actuación de un particular en relación con la obtención de pruebas inculpativas es atribuible al Estado.

Donde sí existe un notable acervo jurisprudencial en el que se desarrollan criterios concretos de atribución de la conducta de un particular a la acción del Estado es en los Estados Unidos de América.²³ En el siguiente fragmento de la Sentencia dictada el 20 de febrero de 2001 por el Tribunal Supremo de los EE.UU., en el caso *Brentwood Academy v. Tennessee Second. Sch. Athletic Ass'n*,²⁴ se resume la doctrina jurisprudencial que rige sobre esta cuestión:²⁵

*“Thus, we say that **state action** may be found if, though only if, there is such a “close nexus between the State and the challenged action” that seemingly private behavior “may be fairly treated as that of the State itself”, Jackson, supra, at 351.*

*What is fairly attributable is a matter of **normative judgment**, and the criteria lack rigid simplicity. From the range of circumstances that could point toward the State behind an individual face, no one fact can function as a necessary condition across the board for finding state action; nor is any set of circumstances absolutely sufficient, for there may be some countervailing reason against attributing activity to the government. See Tarkanian, 488 U.S., at 193, 196; Polk County v. Dodson, 454 U.S. 312 (1981).*

*Our cases have identified a host of facts that can bear on the fairness of such an attribution. We have, for example, held that a challenged activity may be state action when it results from the State's exercise of “**coercive power**,” Blum, 457 U.S., at 1004, when the State provides “**significant encouragement**, either overt or covert,” *ibid.*, or when a private actor operates as a “willful participant in **joint activity** with the State or its agents”, Lugar, supra, at 941 (internal quotation marks omitted). We have treated a nominally private entity as a state actor when it is **controlled** by an “agency of the State,” Pennsylvania v. Board of Directors of Philadelphia, 353 U.S. 230, 231 (1957) (per curiam), when it has been **delegated** a public function by the State, cf., e.g., West v. Atkins, supra, at 56; Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614, 627-628 (1991), when it is “**entwined** with governmental policies” or when government is “entwined in [its] management or control”, Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 299, 301 (1966)” (negrita añadida).*

Si bien esta doctrina se emplea para decidir si los estándares constitucionales deben aplicarse a relaciones entre particulares de muy distinta naturaleza, entre ellas se encuentran los supuestos de recolección de pruebas por parte de un particular. Precisamente, en la Sentencia dictada el 28 de agosto de 2008 en el caso *U.S. v. Stein*,²⁶ la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del segundo

²² En la última sentencia dictada sobre un caso análogo, la Gran Cámara no se ha pronunciado al respecto: véase la STEDH 4378/02, en el caso *Bykov v. Rusia*, de 10.3.2009.

²³ Al respecto véase GARRETT, «Corporate Confessions», *Cardozo Law Review*, (30), 2008, pp. 930 ss.

²⁴ *Brentwood Academy v. Tennessee Second. Sch. Athletic Ass'n*, 531 U.S. 288 (2001) - 121 S. Ct. 924 - 148 L. Ed. 2d 807.

²⁵ Esta doctrina se asume en sentencias recientes de la **Corte de Apelaciones de los EE.UU.**. Así, por ejemplo, en las sentencias dictadas en los casos: *Halleck v. Manhattan Cmty. Access Corp.*, 882 F.3d 300 (2d Cir. 2018); *Grogan v. Blooming Grove Volunteer Ambulance Corps*, 768 F.3d 259 (2d Cir. 2014).

²⁶ 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008).

circuito (el que abarca los estados de Nueva York, Connecticut y Vermont) tuvo la ocasión de aplicar esta doctrina a un caso de investigaciones internas.

Se trata del proceso penal seguido contra varios directivos y empleados de la auditora KPMG, después de que la entidad colaborara con la Fiscalía de los EE.UU. en la investigación de sus directivos y empleados en una supuesta trama dedicada a la evasión fiscal.

En las fechas en las que se llevó a cabo la investigación de este caso la Fiscalía (federal) de los EE.UU. seguía las directrices aprobadas por el Vice-Fiscal General Sr. Larry D. Thompson en materia de persecución penal de las personas jurídicas.²⁷ En el documento, conocido como “Thompson Memorandum”, se establecía que los Fiscales debían valorar como una conducta poco colaboradora la de la persona jurídica que avanzara los honorarios de la defensa letrada de sus empleados o colaboradores culpables:

“Another factor to be weighed by the prosecutor is whether the corporation appears to be protecting its culpable employees and agents. Thus, while cases will differ depending on the circumstances, a corporation's promise of support to culpable employees and agents, either through the advancing of attorneys fees, through retaining the employees without sanction for their misconduct, or through providing information to the employees about the government's investigation pursuant to a joint defense agreement, may be considered by the prosecutor in weighing the extent and value of a corporation's cooperation” (subrayado añadido).

Dado que, en un principio, todos los empleados investigados en relación con un hecho penalmente relevante son potencialmente culpables, pese a su derecho a la presunción de inocencia, la anticipación de los importes de su asistencia jurídica por parte de la entidad empleadora podía interpretarse como una conducta poco colaboradora.

En virtud de estas directrices, el Ministerio Público advirtió a los representantes de KPMG de que el pago de los honorarios de los abogados se interpretaría negativamente, lo que llevaría a la Fiscalía a ejercer acciones penales contra la entidad, a menos que los trabajadores atendieran todas las citaciones de la Fiscalía y respondieran a sus preguntas sin excepciones. La auditora comunicó al Ministerio Fiscal que la política de la empresa había sido siempre la de sufragar los costes de sus empleados y directivos, sin someter el pago a ningún tipo de condición, pero el Ministerio Público no varió su postura.

Tras el intercambio de impresiones con la Fiscalía, la auditora anunció a sus directivos y empleados que solamente asumiría el coste de su asistencia letrada si atendían las citaciones del Ministerio Público y respondían a todas sus preguntas.

Durante las entrevistas, cuando algún trabajador se mostró reticente a contestar, el Ministerio Público informó al interlocutor de KPMG, quien a continuación tomó las medidas correspondientes, entre ellas la advertencia al trabajador de que, en caso de no colaborar, no solo se retiraría la ayuda para el pago del abogado sino que se procedería a su despido. Como consecuencia de ello, varios trabajadores declararon, pese a su inicial negativa al respecto.

²⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, “Thompson Memorandum”, 20 de enero de 2003, pp. 7 s.

En el momento de los hechos estaba aún muy viva la sombra de la empresa Arthur Andersen, que pocos años antes había entrado en concurso precisamente por iniciarse un proceso penal contra ella al no haber querido alcanzar un acuerdo con la Fiscalía. Por ello, el Juez de instancia, el Sr. Kaplan, interpretó que el Ministerio Público había amenazado a KPMG con el equivalente funcional a la pena de muerte: la disolución de la sociedad. Según el magistrado, la amenaza impidió que la entidad actuara de forma plenamente libre. En su lugar, el juez estimó que la entidad había actuado, más bien, como un agente del Estado.

El hecho de que la Fiscalía persuadiera a la entidad para que modificara su previa política de pago de la asistencia letrada a sus trabajadores, así como el hecho de que los Fiscales informaran a los representantes de KPMG cada vez que un trabajador no se mostraba lo suficientemente colaborador, fueron factores que se tuvieron en cuenta para concluir que la Fiscalía había intervenido en la concreta configuración de la actuación de la auditora.²⁸

La Corte de Apelaciones ratificó la decisión de instancia. Ya antes de esta resolución se había modificado el “Thompson Memorandum” por uno más respetuoso con los derechos de los investigados: el “McNulty Memorandum”.²⁹ La tendencia algo más garantista, al menos desde un punto de vista nominal, se ha consolidado en los memorandos posteriores³⁰.

Como se habrá advertido, los criterios empleados en la jurisprudencia de los EE.UU. son bastante próximos a los que subyacen a la teoría de la intervención en el delito. Se consideran actuaciones atribuibles al Estado aquellas en las que los poderes públicos han controlado la actuación del particular, han colaborado en su implementación o la han diseñado conjuntamente (≈ **coautoría**); aquellas en las que las autoridades han estimulado (*encouragement*)³¹ al particular a llevar a cabo la concreta actuación (≈ **inducción**); así como las investigaciones en las que la acción del particular responde a la coerción del Estado (≈ **autoría mediata**).

En Alemania, el Prof. Jürgen WOLTER ha propuesto un modelo de solución que se inscribe en la misma línea acabada de exponer. De la mano de la teoría de la intervención en el delito, junto con la de la imputación objetiva, el autor propone graduar las consecuencias procesales de que el Estado, a través de un particular, provoque una autoinculpación en un investigado eludiendo su derecho a no autoincriminarse. El autor determina la eficacia probatoria de la declaración en función del grado de libertad conservado por el investigado en el momento de efectuar sus manifestaciones ante el particular que actúa en connivencia con el Estado. Cuando, desde una perspectiva *ex ante*, en atención a la configuración de la interacción diseñada por el particular y el Estado, lo razonable es que el investigado, con una probabilidad rayana en la seguridad, no guarde silencio, su confesión debería considerarse prueba ilícita, aplicándose el régimen equivalente al de nuestro art. 11 LOPJ. En este grupo de casos WOLTER considera que la actuación del Estado sería equivalente a la de una autoría mediata porque el investigado no ha tenido más

²⁸ *U.S. v. Stein*, 440 F. Supp. 2d 315 (S.D.N.Y. 2006), de 25.7.2006.

²⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, “McNulty Memorandum”, 12 de diciembre de 2006, p. 11.

³⁰ Véase el documento de referencia actual (última versión 2018): DEPARTMENT OF JUSTICE, *Justice Manual*, § 9-28.000. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, § 9-28.730.

³¹ Aunque en el fragmento de la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. reproducido en el texto no aparezca la referencia a los supuestos de estímulo al particular (*encouragement*), se trata de un grupo de casos contemplado de forma recurrente por la doctrina jurisprudencial comentada.

opción que la de declarar. Sus opciones serían nulas, como las de quien se encuentra en un contexto coactivo que anula su libertad de decisión.

Cuando el riesgo de confesión sea significativo, pero no cercano a la certeza, el tratamiento debería ser el que, en nuestro ordenamiento, se confiere a la prueba irregular (art. 238.3 LOPJ). En este grupo de casos el autor entiende que la actuación del Estado sería análoga a la de una coautoría o una cooperación necesaria: el investigado mantiene un cierto margen de decisión, pero notablemente reducido.³²

Sin perjuicio de que puedan discutirse los criterios materiales empleados para distinguir entre las diferentes categorías de la teoría de la intervención en el delito,³³ la propuesta de WOLTER apunta en la dirección correcta. A su contribución cabe añadir lo siguiente: si bien el autor recurre a la teoría de la intervención en el delito y a la de la imputación objetiva para resolver la “disputa” mantenida entre el investigado y el Estado sobre la “pertenencia” de la confesión, los mismos criterios deberían emplearse para resolver la disputa entre el Estado y el particular intermediario sobre “la pertenencia” de la actuación investigadora desplegada. También esta dimensión del conflicto, que se caracteriza por consistir en una relación a tres bandas, debe ser resuelta.

En esta línea, conviene advertir que no solo cabe imputar al Estado las investigaciones privadas que sus representantes hayan instigado o co-configurado, sino también aquellas que el particular ha implementado de forma antijurídica (con uso de violencia o intimidación, por ejemplo) con la tolerancia de las autoridades públicas competentes. La actuación es imputable al Estado en tanto que garante de los derechos y libertades del ciudadano, especialmente en el marco de la investigación de un hecho penal.³⁴

Hasta aquí los criterios con los que se debe efectuar el juicio de imputación de un acto de investigación privado al Estado. En atención a lo visto, es importante subrayar que no cabe imputar por defecto al Estado las investigaciones internas llevadas a cabo por una entidad particular en cumplimiento de sus deberes de cumplimiento normativo. El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico-penal no solo prevea atenuaciones por la colaboración con el esclarecimiento del hecho, sino que imponga el deber penal de investigar a fin de prevenir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, no son razones suficientes para atribuir la concreta investigación interna a la autoridad competente. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo de los EE.UU. en relación con su doctrina de la “*state action*”, al igual que la mayor parte de la doctrina especializada en Alemania.³⁵

Según la opinión mayoritaria, la imputación de la conducta del particular a las autoridades requiere que estas hayan influido en la concreta configuración de la investigación interna para

³² WOLTER, «Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts. Zur objektiven Zurechnung im Strafprozess», *ZIS*, (5), 2012, pp. 240-244.

³³ REEB, *Internal Investigations*, 2011: propone utilizar el dominio del hecho (*Tatherrschaft*) y el dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*) como criterios de distinción entre las investigaciones imputables al Estado y las estrictamente privadas.

³⁴ Véase ANDERS, «Internal Investigations – Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo-tenetur-Grundsatz», *Wistrak*, (9), 2014, p. 333. Sobre el deber de las autoridades públicas competentes de la investigación criminal de velar por el respeto de la posición jurídica del investigado (se habla de la existencia de un “*Fürsorgepflicht*”): WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 207 ss., 296.

³⁵ Por todos, véanse KASISKE, *NZWiSt*, (7), 2014, pp. 262 ss.; ANDERS, *Wistra*, (9), 2014, p. 333.

que le pueda ser jurídicamente imputable. En palabras de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los EE.UU.:

“The “close nexus” test is not satisfied when the state “[m]erely[ly] approv[es] of or acquiesce[s] in the initiatives” of the private entity, S.F. Arts Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Comm., 483 U.S. 522, 547, 107 S.Ct. 2971, 97 L.Ed.2d 427 (1987) (internal quotation marks omitted and first alteration in original), or when an entity is merely subject to governmental regulation, see Jackson, 419 U.S. at 350 n. 7, 95 S.Ct. 449”³⁶ (subrayado añadido).

Frente a la tentación de imputar al Estado toda investigación interna conducida en cumplimiento de un deber jurídico de cuidado,³⁷ hay que decir que el manejo de criterios de imputación laxos puede dar lugar, por lo menos, a dos tipos de consecuencias indeseables.

Por un lado, esta vía podría llevar a que algunas entidades vulneren deliberadamente las garantías reconocidas para invalidar la prueba y frustrar un proceso penal posterior, lo cual dificultaría la atribución de responsabilidad penal a la empresa.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la posibilidad de imputar al Estado la conducta de un particular no se limita al grupo de casos que estamos examinando en este trabajo, sino que tiene aplicación en muchas otras parcelas de la realidad, tal y como se puede advertir con una mera aproximación a la doctrina de la *state action* de los EE.UU.: relaciones de empleo, daños extracontractuales, etc. Admitir el uso de criterios laxos puede implicar consecuencias inaceptables o insostenibles en estos otros ámbitos, por lo que procede descartar esta vía de solución.

Antes de terminar, vale la pena resolver una cuestión interesante relacionada con el objeto de este apartado: ¿qué sucede cuando la investigación interna es imputable a una autoridad pública extranjera? En efecto, existe el riesgo de que las investigaciones internas se utilicen por Estados extranjeros como una ágil vía para eludir los obstáculos y limitaciones inherentes a los procedimientos formalizados de cooperación judicial entre Estados.³⁸ A mi juicio, en la medida en que en el ámbito de la cooperación judicial internacional rige el principio “*forum regit actum*”, la admisión de la prueba obtenida por el particular instrumentalizado por un Estado extranjero debe someterse a los estándares de admisibilidad exigidos a las fuentes de prueba obtenidas por un agente del Estado en cuyo sistema jurisdiccional penal se pretende hacer valer el material probatorio.³⁹ En consecuencia, si el caso tuviera lugar en España, se deben aplicar las garantías previstas para el proceso penal público, como si la investigación la hubiera conducido una autoridad pública española.⁴⁰

³⁶ *U.S. v. Stein*, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008), de 28.8.2008.

³⁷ DUGGIN, *Columbia Business Law Review*, (3), 2003, p. 908, nota 217.

³⁸ WASTL/LITZKA/PUSCH, «SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *NStZ*, (2), 2009, pp. 68 ss.

³⁹ Sin perjuicio de las reglas de cooperación penal internacional y reconocimiento mutuo que sean aplicables cuando las fuentes de prueba ya hubieran sido incorporadas en un procedimiento penal seguido en un Estado extranjero. En estos casos se deberá estudiar cómo preservar las garantías del investigado frente a la admisión de medios de prueba procedentes de Estados que admiten sin reparos las fuentes de prueba obtenidas por los particulares.

⁴⁰ La misma solución en ZERBES, *ZStW*, (125), 2013, pp. 565-568.

Ello sin perjuicio de las reglas de cooperación penal internacional y reconocimiento mutuo que sean aplicables cuando las fuentes de prueba ya hubieran sido incorporadas en un procedimiento penal seguido en un Estado extranjero. En estos casos se deberá estudiar cómo preservar las garantías del investigado frente a la admisión de medios de prueba procedentes de Estados que admiten sin reparos las fuentes de prueba obtenidas por los particulares.

5. Investigaciones internas no imputables al Estado

En la práctica, lo esperable es que las investigaciones internas imputables al Estado sean las menos frecuentes.⁴¹ Lo habitual debería ser que los responsables de las entidades con personalidad jurídica propia implementen las investigaciones internas por iniciativa propia y sin intervención de las autoridades públicas en su configuración.

Respecto de este esperable grupo mayoritario de casos se puede realizar una primera división evidente, en función de si el contenido material de los derechos y garantías reconocidos al ciudadano (llamado como investigado, testigo, etc.) en el procedimiento penal público han sido observados (*infra* 5.1.) o no (*infra* 5.2.) en el proceso privado de investigación interna.

5.1. Investigaciones internas en las que se observan los estándares exigidos a las autoridades públicas

Cuando los responsables de la investigación interna hacen suyo el sistema de derechos y garantías reconocido al ciudadano en el marco de un procedimiento penal público, la naturaleza privada de la investigación no presenta más problemas que los inherentes a la circunstancia de que un particular con intereses evidentes en el asunto recopile material probatorio e incluso llegue a condicionar, con su actuación, la reconstrucción de los hechos encargada a autoridades públicas imparciales y expresamente capacitadas para ello.⁴²

Desde la perspectiva de los intereses de la persona jurídica, la adopción del estándar establecido por la Constitución y las Leyes a favor del ciudadano en un procedimiento penal público presenta, fundamentalmente, dos tipos de problemas. En primer lugar, la concesión de estos derechos y garantías puede dificultar el esclarecimiento de lo ocurrido, ya sea porque el trabajador decida hacer valer estos derechos y garantías por razones estratégicas, ya sea porque la solemnidad del procedimiento le haga dudar de su inicial voluntad de colaborar.

En segundo lugar, la necesidad de poder probar que la entidad ha respetado el contenido de tales derechos y garantías puede exponer al trabajador, así como a la propia entidad, a todo tipo de responsabilidades: penales, administrativas, civiles. Las anotaciones, actas, documentación o registros que se puedan crear para dejar constancia de las actuaciones investigadoras, de la forma en la que han tenido lugar y, en su caso, de sus resultados, pueden ser requeridas o incautadas por las autoridades públicas competentes de perseguir los hechos objeto de investigación.⁴³ Los responsables de la investigación se enfrentan a un complejo dilema, cuya resolución desborda el objeto de este trabajo.

⁴¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., 2017, § 25/14; SARHAN, «Unternehmensinterne Privatermittlungen im Spannungsfeld zur strafprozessualen Aussagefreiheit», *Wistra*, (12), 2015, p. 452.

⁴² HASSEMER/MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, pp. 25-29, 39-74.

⁴³ AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, pp. 293 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, en ALCOLEA CANTOS/PARDO PARDO (coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, 2019, pp. 251-265.

5.2. Investigaciones internas en las que no se observan los estándares exigidos a las autoridades públicas

Entre las investigaciones internas que no asumen los estándares del procedimiento penal público cabe distinguir, en primer lugar, entre aquellas cuyos resultados son utilizados por las autoridades públicas competentes con fraude de Ley (*infra a*) y aquellas cuyos resultados se pretenden incorporar al procedimiento penal sin que la conducta de las autoridades competentes merezca tacha alguna, al menos hasta el momento de decidir sobre su incorporación (*infra b*)).

a. Supuestos en los que el Estado actúa en fraude de Ley

Cuando las autoridades públicas competentes de la investigación del hecho hayan planificado su actuación contando con aprovecharse deliberadamente de los resultados de una investigación interna en la que no se han observado las garantías previstas por la normativa procesal penal a favor del investigado, tales evidencias no pueden ser admitidas como prueba válida. Así, por ejemplo, cuando las autoridades deciden demorar el inicio de sus indagaciones a la espera de los resultados de la investigación interna, a sabiendas de que en ella no se observan las garantías del procedimiento penal público.

Los autores que han advertido este grupo de casos suelen tratarlos como un supuesto de actuación imputable al Estado.⁴⁴ Comparto el resultado que ello implica –aplicación de los estándares previstos por el Derecho procesal penal–, pero creo que, más que ante una conducta imputable al Estado, estamos ante un supuesto de fraude de Ley, cuya consecuencia jurídica es la aplicación de las normas que se han pretendido eludir (art. 6.4 Código civil).

Ahora bien, conviene subrayar que no cualquier aprovechamiento de los resultados de una investigación interna puede considerarse fraude de Ley. Cuando, desde una perspectiva *ex ante*, las autoridades públicas competentes no hayan configurado su actuación contando con los futuros resultados de la investigación conducida por la entidad privada, el uso de las evidencias obtenidas no se puede considerar una actuación en fraude de Ley: los pasos seguidos por los poderes públicos no han estado guiados por el ánimo de eludir las garantías previstas por el Derecho procesal penal.

b. Supuestos en los que el Estado no actúa en fraude de Ley

Dentro de este grupo de casos debe distinguirse entre aquellos en los que, en la concreta entrevista, el trabajador carga con un deber laboral de informar (*infra bb*) y aquellos en los que el trabajador tiene la facultad de negarse a responder a las preguntas de su empleador sin que ello acarree consecuencias laboral-disciplinarias para él (*infra aa*)).

aa) Supuestos en los que el trabajador no carga con un deber laboral de informar

En Alemania se parte de la premisa de que el trabajador por cuenta ajena no tiene un deber de informar a su empleador sobre cualquier contingencia,⁴⁵ sino que la buena fe que debe reinar en

⁴⁴ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 14.

⁴⁵ RUDKOWSKI, «Die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch „Interviews“», *NZA*, (11), 2011, p. 613; MENGEL/ULLRICH, «Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations», *NZA*, (5), 2006, p. 243.

la relación laboral sólo obliga a atender las peticiones de información formuladas por el principal en relación con la evolución y el desempeño de las tareas propias del concreto puesto de trabajo del empleado.⁴⁶ Este deber de informar presupone la obligación de atender las citaciones del principal para la realización de una entrevista.⁴⁷

Hasta lo que se alcanza, esta cuestión no ha sido objeto de debate ni de análisis minucioso en la doctrina y jurisprudencia españolas, ni en el ámbito jurídico-penal ni en el jurídico-laboral.

Así las cosas, algunos autores han advertido de que, en determinados casos, el trabajador puede verse exonerado del deber de informar a su empleador respecto de las circunstancias que conoce del hecho delictivo.

¿Qué factores determinan la existencia de un deber laboral de informar sobre las circunstancias conocidas de un hecho delictivo cometido en el marco de la actividad del principal? Sobre la base del principio de proporcionalidad, para reconocer al empleador el derecho a ser informado se exige, en primer lugar, que tenga un interés legítimo en la información que solicita al trabajador.⁴⁸ Esta condición queda satisfecha, por lo menos, cuando existe una sospecha fundada de la comisión, ya consumada o potencial, de un hecho delictivo en el marco de la actividad del principal.

Acreditada la presencia de un interés legítimo por parte del empleador, su pretensión se deberá ponderar con los intereses del trabajador a preservar su puesto de trabajo y a defenderse en el marco de un eventual procedimiento judicial, ya sea de naturaleza civil y/o penal. Entre los factores que se deben tener en cuenta en la ponderación están: a) el grado de vinculación existente entre la información requerida y las funciones desempeñadas por el trabajador; b) la magnitud y probabilidad del daño que el empresario pretende evitar; c) la existencia de medios de investigación alternativos.⁴⁹

En cuanto al grado de vinculación de la información requerida con las funciones desempeñadas por el trabajador, se distinguen tres niveles de responsabilidad. El primero y más alto es el integrado por aquellos trabajadores que, entre las funciones que han asumido, están la de reportar sobre la marcha de toda o una parte del negocio (consejeros delegados, altos directivos) o la de vigilar que en el desarrollo de la actividad empresarial no se incurra en infracciones normativas (responsables de cumplimiento). En este supuesto se defiende que, por regla general, el interés del empresario prepondera frente al del trabajador.⁵⁰

⁴⁶ LINCK, «Nebenpflichten und Wettbewerbsverbote», en SCHAUB (dir.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 16ª ed., 2015, nm. 9.

⁴⁷ SCHRADER/THOMS/MAHLER, «Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?», *NZA*, (15), 2018, pp. 965 ss.; MENGEL, «Internal Investigations – Arbeitsrechtliche Lessons Learned und Forderungen an den Gesetzgeber», *NZA*, (23), 2017, pp. 1494 ss., 1498.

⁴⁸ SPINNER, «§ 611a», en SÄCKER *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., 2020, nm. 1030-1037.

⁴⁹ Véanse, por todos, SPINNER, «§ 611a», en SÄCKER *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., 2020, nm. 1031; SCHRADER/THOMS/MAHLER, *NZA*, (15), 2018, p. 966; BECKER, «§ 54. Nebenpflichten des Arbeitnehmers», en KITTNER *et al.* (eds.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 9ª ed. 2017, § 54 nm. 37; RUDKOWSKI, *NZA*, (11), 2011, pp. 613 s.

⁵⁰ BÖHM, «Strafrechtliche Verwertbarkeit der Auskünfte von Arbeitnehmern bei unternehmensinternen Untersuchungen», *WM*, (41), 2009, p. 1924; MENGEL/ULLRICH, *NZA*, (5), 2006, p. 243.

El segundo nivel de responsabilidad lo componen aquellos trabajadores que, sin un deber cualificado de información, son preguntados por hechos que están directamente relacionados con el objeto de su contrato de trabajo. No bastaría una mera relación genérica con la relación laboral.⁵¹ En virtud del derecho/deber de dirección que el ordenamiento jurídico reconoce/impone al empresario (§ 666 BGB, en Alemania; art. 20 ET, en España), el trabajador tendría la obligación de responder con la verdad a las preguntas que se le formulen.⁵²

El tercer **nivel** de responsabilidad lo ocupa el trabajador que, sin cargar con deberes especiales de información, es preguntado por hechos que no guardan relación directa con sus funciones. Sobre la base del deber de buena fe que debe regir las relaciones entre empleador y empleado (§§ 611, 241(1), 242 BGB, en Alemania; art. 5 ET, en España), se sostiene que, en estos casos, el trabajador tiene el deber de informar, siempre y cuando: a) la declaración persiga evitar daños o responsabilidades al empresario; b) no existan medidas de investigación alternativas asequibles y, c) haya razones fundadas para pensar que el trabajador podrá aportar datos relevantes.⁵³ El límite está en el punto en el que el deber compromete la posición jurídica del empleado de forma desproporcionada.⁵⁴ En cualquier caso, en este nivel el trabajador solo estaría obligado a informar de hechos conocidos en el marco de la relación laboral, aunque quedaran más allá de su estricto ámbito funcional (ejemplos: compañero de trabajo —no subordinado— que recurre a prácticas de soborno, colusorias o de competencia desleal; colega que hace la competencia al empresario en su tiempo libre; etc.). Por el contrario, quedarían fuera del ámbito del deber los hechos conocidos en su vida privada.⁵⁵

Fijadas las condiciones de surgimiento del deber laboral de informar del trabajador por cuenta ajena, queda por aclarar si esta obligación persiste cuando el asalariado no puede cumplir con ella sin autoincriminarse.

Por el momento, la Sala de lo social del Tribunal Supremo alemán (*Bundesarbeitsgericht* - BAG) no se ha pronunciado al respecto. Lo que sí ha rechazado es que el trabajador tenga el deber de aportar información que pueda servir de fundamento para su despido, puesto que la carga de la prueba de la infracción recae sobre el empleador, por lo que la imposición de un deber de información al trabajador en tales términos supondría dejar sin vigencia esta regla.⁵⁶

Ahora bien, la entrevista al trabajador realizada en el marco de una investigación interna no tiene por finalidad su despido.⁵⁷ Aparte, existe la posibilidad de que la empresa ofrezca una amnistía a todos los trabajadores que colaboren, lo cual parece ser bastante habitual en las investigaciones internas de grandes empresas, en particular en las que avanzan en paralelo a la investigación de

⁵¹ SCHRADER/THOMS/MAHLER, *NZA*, (15), 2018, p. 968.

⁵² LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, «Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?», *CCZ*, (1), 2011, p. 20.

⁵³ BITTMAN/MOLKENBUR, «Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht», *Wistra*, (10), 2009, pp. 375-377; BÖHM, *WM*, (41), 2009, p. 1925.

⁵⁴ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 230 ss., 234; BÖHM, *WM*, (41), 2009, pp. 1924 s.

⁵⁵ BÖHM, *WM*, (41), 2009, p. 1925.

⁵⁶ Sentencia del BAG de 7.9.1995 - 8 AZR 828/93 (*NZA* 1996, p. 637).

⁵⁷ RUDKOWSKI, *NZA*, (11), 2011, pp. 612 ss.

autoridades públicas estadounidenses.⁵⁸ Si bien la amnistía no elimina la amenaza de despido, ya que se puede producir igual en el caso de no declarar, sí ofrece incentivos al trabajador para hablar, pues en ausencia de amnistía no tiene sentido cumplir con el deber de declarar un hecho que justificará un despido procedente, además de servir de base para reclamaciones civiles y acciones penales contra él.

Entre la jurisprudencia menor alemana existen algunas resoluciones en las que se afirma la existencia de un deber de declarar por parte del trabajador,⁵⁹ sin perjuicio de que, posteriormente, se excluyan los efectos probatorios de la declaración en un procedimiento penal.⁶⁰

Las posiciones son algo más matizadas entre la doctrina. Algunos autores abogan por soluciones categóricas, afirmando la existencia del deber de informar respecto de los trabajadores que ocupan el primer y segundo nivel de responsabilidad (trabajadores con un deber específico de informar y trabajadores que son preguntados sobre cuestiones directamente relacionadas con su puesto de trabajo, respectivamente), rechazándolo respecto de los que ocupan el tercer nivel (trabajadores que son preguntados por cuestiones que no tienen que ver con su puesto de trabajo).⁶¹

Otros adoptan una postura algo más flexible, con modelos abiertos a la ponderación. Esta flexibilización se ha utilizado tanto para ampliar el deber de informar del trabajador, como para restringirlo. A favor de su ampliación se ha propuesto extender el deber al tercer nivel de responsabilidad, cuando concurren razones extraordinarias (evitación de daños de especial entidad, carácter imprescindible de la declaración para aclarar el hecho) que preponderen respecto de los intereses del trabajador.⁶²

A favor de su restricción se ha dicho que, por regla general, la declaración del trabajador no va a ser necesaria, pues el empresario dispone de muchas otras fuentes de prueba para esclarecer los hechos (testigos, registro de TICs, documental, periciales, etc.). Y, en el caso de que no se pueda aclarar de otro modo, los intereses del empresario quedarían salvaguardados en la medida en que, ante la sospecha fundada de que el trabajador participó en el delito, el empresario puede despedirle sin necesidad de alcanzar los estándares probatorios del Derecho penal.⁶³

De acuerdo con las consideraciones expuestas, no debería haber dudas de que, en algunos casos, el trabajador no carga con el deber de informar o contestar a su principal si ello implica autoincriminarse. Así, por ejemplo, cuando los hechos investigados no guarden relación directa

⁵⁸ MAJER, «Amnestie-/Leniency-Programme», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2ª ed., 2018, p. 69, nm. 2.

⁵⁹ Sentencia del LG Hamburg de 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 (*NJW* 2011, p. 942), caso *HSH-Nordbank*; sentencia del LAG Hamm de 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 (*CCZ* 2010, p. 237).

⁶⁰ En este sentido la sentencia del LAG Hamm de 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 (*CCZ* 2010, p. 237). Defienden esta misma solución SCHRADER/THOMS/MAHLER, *NZA*, (15), 2018, pp. 968-970. A favor de la eficacia probatoria de la declaración en el proceso penal se manifiesta la Sentencia del LG Hamburg de 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 (*NJW* 2011, p. 942), caso *HSH-Nordbank*.

⁶¹ LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, *CCZ*, (1), 2011, p. 20; MENGEL/ULLRICH, *NZA*, (5), 2006, pp. 242 s.

⁶² BÖHM, *WM*, (41), 2009, pp. 1924 s.

⁶³ RUDKOWSKI, *NZA*, (11), 2011, p. 613.

con sus funciones, el daño ya se haya consumado, el perjuicio sea de escasa entidad y no haya riesgo de reiteración. En atención a la existencia de medios de investigación alternativos, incluso se puede ser más garantista con el trabajador, en la línea de los autores alemanes aquí citados, negando tal deber cuando el daño cometido sea de cierta entidad pero existan medios alternativos de investigación (principio de subsidiariedad). No obstante, cuando el daño sea considerable y aún no se haya consumado, o exista riesgo de reiteración, difícilmente se puede negar el deber laboral de informar al empresario una vez este haya agotado los medios de investigación alternativos y que razonablemente le sean exigibles. En estos casos, el trabajador debería tener la obligación de aclarar el hecho a su empleador, siendo procedente su despido en caso de negarse a ello.

Aunque la negación del deber de informar del trabajador por cuenta ajena es, a primera vista, la solución más favorable a sus intereses, en la práctica puede tener consecuencias perversas. En efecto, si el empleado no tiene la obligación de declarar en sentido autoincriminatorio ante su empleador, el principio de coherencia lleva a concluir que las manifestaciones que este eventualmente haga deben ser admitidas como fuente de prueba en el procedimiento jurídico-penal, pues no han sido vertidas bajo coacción.⁶⁴

Tan cierto como esto es que toda la construcción jurídico-dogmática acabada de exponer, dirigida a proteger la posición jurídica del trabajador por medio de someter el surgimiento de su deber de informar a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, se ve burlada si el trabajador acaba declarando bajo la errónea creencia de que tiene la obligación de hacerlo. Cuando el error sea imputable al empleador, su declaración no debería considerarse voluntaria. En estos casos debería quedar abierta la posibilidad de que sus manifestaciones no sean admisibles o valorables en un procedimiento jurídico-penal.

La exploración de cuál puede ser el fundamento de excluir la admisión o valoración de la declaración no voluntaria del trabajador en el procedimiento jurídico-penal constituye el objeto del siguiente apartado.

bb) Supuestos en los que el trabajador carga con un deber laboral de informar.

En los casos en los que el trabajador se enfrenta al dilema de cumplir con su deber laboral de informar a su empleador mediante una declaración necesariamente autoincriminatoria o, en su lugar, asumir un despido procedente (u otras consecuencias jurídicas tan o más graves), se plantea la duda de si el dilema es inevitable o existe la posibilidad de encontrar un *tertium genus*, en el que la posición jurídica del empleado por cuenta ajena pueda salir algo mejor parada.

Hasta lo que se alcanza, el camino hacia la tercera vía puede abrirse, o bien con la extensión de la vigencia del derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE – *infra* aaa), o bien extendiendo la del derecho a un proceso público con todas las garantías, también conocido como derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE – *infra* bbb)). Como siempre, también cabría la posibilidad de recurrir a ambas vías de solución.

aaa) El derecho a no autoincriminarse (art. 24.2 CE).

⁶⁴ Así, por ejemplo, KASISKE, *NZWiSt*, (7), 2014, p. 266.

El caso que ha generado mayor discusión es el del trabajador con deber *laboral* de informar al que su empleador advierte de que, en el supuesto de incumplir tal obligación, va a tomar medidas disciplinarias contra él, incluido el despido.

El contenido básico del derecho a no declarar contra uno mismo consiste en proteger a su titular frente a amenazas o coacciones externas, dirigidas a doblegar su voluntad para que realice una declaración activa que pueda servir de base para la imputación de un delito contra él. El medio para doblegar la voluntad del declarante debe ser un mal de notable entidad, no necesariamente delictivo, capaz de comprometer las condiciones existenciales de la persona compelida.⁶⁵

Sin perjuicio de la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto, mayoritariamente se entiende que el despido es un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad del declarante y relevante en relación con el derecho a no declarar contra uno mismo.⁶⁶

En la STEDH de 5/2/2003, caso *Allan v. Reino Unido*,⁶⁷ el Tribunal de Estrasburgo establece que el derecho a no autoincriminarse no solo se vulnera mediante compulsión física, sino que también se puede lesionar mediante otro tipo de coacción o subterfugios que impliquen soslayar la voluntad del investigado.

En el asunto *U.S. v. Stein*, el Juez Kaplan concluyó que la amenaza de retirar la ayuda económica a un trabajador para hacer frente a los honorarios de su defensa letrada fue un mal de suficiente entidad para vencer su voluntad de no declarar. Las ayudas ascendían a US\$ 400.000. El escaso poder adquisitivo del empleado y la enorme complejidad del caso jurídico-penal al que este hacía frente –lo que requería una importante inversión en abogados a fin de disponer de una defensa apropiada– se consideraron circunstancias que provocaron que la posibilidad de perder la cuantiosa ayuda supusiera una enorme presión psicológica para el trabajador.⁶⁸

Partiendo de estas premisas, la cuestión es si, en un eventual proceso jurídico-penal paralelo o posterior a la investigación interna, el trabajador confeso tiene derecho a impugnar las fuentes de prueba basadas en la declaración que prestó ante su empleador bajo la amenaza de despido u otras represalias de análoga entidad. En otras palabras: ¿el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución española, prohíbe a las autoridades jurídico-penales competentes (Juez de instrucción, Ministerio Fiscal, Policía Judicial) hacer uso de las confesiones prestadas por un trabajador ante su empleador bajo coacción, en estos casos legítima?

La duda es extensible a las declaraciones autoincriminatorias obtenidas por el empresario sin observar el resto de garantías reconocidas al investigado cuando el interrogatorio tiene lugar en el marco de una investigación jurídico-penal pública: ¿puede recurrir el empleador a preguntas

⁶⁵ Sobre la doctrina jurisprudencial del TEDH en relación con el concepto de “compulsión” relevante a efectos del derecho a no declarar contra uno mismo (contenido en el art. 6 CEDH), véanse HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., 2018, pp. 424 ss. Desde la perspectiva del Derecho alemán, véase KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *JuS*, (1), 2014, pp. 15 ss., 17.

⁶⁶ En Alemania, con detalle GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 10 s. En los EE.UU., véase GARRETT, «Corporate confessions», *Cardozo Law Review*, (30), 2008, pp. 917 ss., 935 ss. Crítico al respecto, BUELL, «Criminal procedure within the firm», *Stanford Law Review*, (59), 2007, p 1643.

⁶⁷ Demanda n.º 48539/99, § 50.

⁶⁸ 440 F. Supp. 2d 315 (S.D.N.Y. 2006), de 25/7/2006.

capciosas o sugestivas (artículo 389.II LECrim)? ¿Puede utilizar el engaño? ¿El trabajador tiene derecho a que se le informe anticipadamente del objeto de la investigación, así como de sus derechos (art. 118.1.a) LECrim)? ¿Tiene derecho a examinar las actuaciones de la investigación (art. 118.1.b) LECrim)? ¿Tiene derecho el trabajador a ser asistido por un abogado (art. 118.1.d) LECrim)?

- Las tradicionales reticencias

De acuerdo con una concepción tradicional y apegada al origen histórico de estos derechos, la respuesta a todas ellas sería negativa: las garantías reconocidas al investigado en un procedimiento penal público no son trasladables a una investigación interna, por lo que las declaraciones obtenidas por un particular sin respetarlas pueden ser utilizadas por el Estado como fuentes de prueba. La razón que se arguye es que tales garantías se reconocen al ciudadano para protegerle frente al poder coactivo del Estado, no frente a particulares.⁶⁹ El derecho al silencio y demás garantías del investigado serían una de las modificaciones ilustradas de la relación entre el Estado y el ciudadano en el marco del procedimiento penal, en contraposición al modelo inquisitivo anterior, en el que se partía del deber de colaborar del investigado y la posibilidad de recurrir a la tortura para obtener su confesión.⁷⁰ Ello no impediría al Estado utilizar la fuente de prueba obtenida por un particular mediante coacción penalmente atípica,⁷¹ siempre y cuando la actuación de la autoridad pública competente haya estado desconectada del concreto procedimiento de obtención de la declaración.

En esta línea se ha pronunciado, *obiter dicta*, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español en su Sentencia n.º 489/2018, de 23 de octubre, p. del Moral García: “[p]or 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) [sic]” (subrayado añadido).⁷² Sin embargo, como se habrá advertido, no se cierra la puerta a excepciones. De hecho, un poco más adelante, en esta misma resolución, se considera una circunstancia relevante, a los efectos de valorar la admisibilidad de la prueba obtenida por un particular, el hecho de que “*en la relación empresario-empleado existe un matiz diferencial que introduce un desequilibrio y no permite hablar de plena horizontalidad*” lo que, por consiguiente, debería dar lugar a matizaciones en la regla general anunciada.

⁶⁹ En España: PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar*, t. II, 2018, p. 1114; NEIRA PENA, «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (37), 2015. En Alemania: ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., 2017, §§ 24/65, 25/14; SCHMITT, «§ 136a», en MEYER-GROSSNER (dir.), *Strafprozessordnung*, 2017, nm. 2, 3. En los EE.UU.: BUELL, *Stanford Law Review*, (59), 2007, pp. 1635-1645.

⁷⁰ Sobre los orígenes históricos del derecho al silencio en España, en la jurisprudencia, por todas, STC 197/1995, ponente Ruiz Vadillo. En la doctrina, véanse MARTÍNEZ CID, «“La tortura del silencio” *ius tacens* y *nemo tenetur*, qué poco hemos cambiado!», en VILLAR FUENTES (dir.), *Investigación y prueba en los procesos penales de España e Italia*, 2019, pp. 239 ss.; ASENCIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 249 ss.

⁷¹ De acuerdo con la doctrina mayoritaria, si la concreta coacción fuera penalmente típica y consistiera en una de sus formas más graves, la declaración obtenida por el particular no se podría utilizar como fuente de prueba: así, por ejemplo, SCHMITT, «§ 136a», en MEYER-GROSSNER (dir.), *Strafprozessordnung*, 2017, nm. 3, aboga por inadmitir las fuentes de prueba obtenidas por el particular mediante una «grave vulneración de la dignidad humana», poniendo como ejemplos de ello a la tortura, el martirio o el encierro.

⁷² En la misma línea, véase la STS 116/2017, ponente Marchena Gómez, FJ 6.º, aunque haciendo únicamente referencia a particulares que no pretenden recopilar prueba para aportarla a un proceso penal.

El rechazo de la vigencia del derecho a no declarar contra uno mismo en las investigaciones internas es compatible con la doctrina sentada en la STC n.º 97/2019, de 16 de julio (caso *Falciani*), sobre validez de la prueba obtenida por particular, puesto que el empleador obtiene las declaraciones del trabajador sin vulnerar ninguno de sus derechos fundamentales sustantivos, como por ejemplo sus derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, tan compatible con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es esta conclusión como la contraria, pues, hasta lo que alcanzo, este tribunal no ha abordado de forma expresa los grupos de casos que aquí nos ocupan. A saber: la obtención sistemática de fuentes de prueba incriminatorias por parte de un particular a través de medios de investigación que, por sí mismos, no son constitutivos de delito ni de un ilícito extra-penal, pero que claramente vulneran el contenido material de las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al investigado en un procedimiento penal público.

- La senda trazada por el *Bundesverfassungsgericht* (y sus críticos)

El que sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso próximo a los que aquí se están comentando es el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* - *BVerfG*). En la Sentencia del asunto conocido como *Gemeinschuldner* (deudor concursal),⁷³ de 13/1/1981, este Tribunal tuvo que resolver el conflicto que se puede plantear en todo procedimiento concursal en el que el administrador del concurso, a fin de preservar los legítimos intereses de los acreedores, se ve en la necesidad de requerir al deudor información que puede servir de base para la posterior imputación de un delito penal contra el propio deudor (falsedad documental, insolvencia punible, administración desleal, etc.).

En esta resolución el Tribunal empieza por plantearse la legitimidad y conveniencia de imponer un deber absoluto de información al deudor. El *BVerfG* concluye que, en el marco del procedimiento concursal, los legítimos intereses de los acreedores deben prevalecer frente al interés del deudor en evitar responsabilidades penales. La principal razón es que, habiendo entrado libremente el deudor en las relaciones contractuales con sus acreedores, la carga de las consecuencias negativas de una reconstrucción precisa y fidedigna de la gestión de su negocio le es preferentemente imputable a él.

Sin embargo, tras confirmar la existencia de un deber absoluto de informar por parte del deudor, cuya infracción puede dar lugar —en Alemania— a la comisión de un delito de falso testimonio, el Tribunal afirma que ello no es óbice para rendir consideración a su derecho a no autoincriminarse mediante una prohibición de uso de la información comunicada al administrador concursal en un eventual procedimiento jurídico-penal contra él. Según el *BVerfG*, para preservar los legítimos intereses de los acreedores no es necesario beneficiar a las autoridades públicas encargadas de perseguir el delito mediante fuentes de prueba obtenidas doblegando la voluntad del investigado. De ahí que el Tribunal concluya que la admisión de la información aportada en el procedimiento concursal constituiría una restricción desproporcionada del derecho a la libre personalidad del deudor, en el que, en parte, se enraíza en Alemania el derecho a no declarar contra sí mismo. A ello se añade que, de admitirse la

⁷³ Sentencia de 13/1/1981 – 1 BvR 116/77 (*NJW* 1981, p. 1431).

aportación de la información como fuente de prueba, en estos casos se despojaría de toda eficacia a este derecho, incluso antes de que pudiera desplegar alguna, pues en la mayor parte de los casos la declaración se obtendrá antes de que se inicie el procedimiento penal público.

La solución dada por el *BVerfG* al conflicto que se plantea en el procedimiento concursal ha dado pie a que un buen número de autores hayan propuesto resolver con la misma fórmula el dilema al que se enfrenta el trabajador entrevistado en una investigación interna. Al final, la situación de conflicto es muy parecida. Por un lado está el legítimo interés del empresario en identificar las eventuales fuentes de riesgos penales dentro de su organización, a fin de evitar daños a terceros, prevenir perjuicios propios y neutralizar eventuales responsabilidades civiles y/o penales. Por otro lado está el legítimo interés del trabajador en poder ejercer de forma efectiva su derecho a no autoincriminarse. Una vez establecido que el trabajador carga con un deber absoluto de informar, su derecho a no declarar contra sí mismo en un proceso penal público queda vacío de contenido si las declaraciones vertidas en la investigación interna en cumplimiento del deber de informar se pueden utilizar como base para iniciar una investigación penal pública, para sustentar una acusación o para fundamentar una condena.⁷⁴

Esta postura no se ha librado de la crítica. La más recurrente es la que niega la similitud estructural entre el caso enjuiciado por el *BVerfG* y el del trabajador interrogado en una investigación interna. Se esgrimen varios argumentos en este sentido. Primero, que el trabajador, a diferencia del deudor concursal, no carga con un deber de informar surgido de una norma legal (hetero-impuesto), sino que arrastra un deber asumido voluntariamente (auto-impuesto). En este sentido, se dice que los §§ 611, 666, 241 y 242 BGB (equivalentes al art. 5 ET) serían meramente declarativos, mientras que el deber de informar del deudor nacería del precepto de la Ley concursal alemana que expresamente lo prevé.⁷⁵ En segundo lugar, se señala que el administrador concursal ocupa una posición de cuasi-funcionario, desde la que defiende intereses generales, mientras que el empresario-empleador solamente vela por sus intereses privados.⁷⁶

No solo es dudoso que las diferencias señaladas realmente existan, sino que tampoco es evidente que, en el caso de existir, sean relevantes. En cuanto a lo primero, se puede afirmar que el deber del deudor también sería reconducible, en última instancia, a la asunción de las obligaciones derivadas de una relación contractual en la que este habría ingresado de forma absolutamente voluntaria. Por otra parte, conviene recordar que, en ocasiones, la investigación interna responde al deber jurídico-penal de cuidado de todo empresario, tras el cual no está sino la persecución de un fin de interés general: la protección de bienes jurídicos.

⁷⁴ KASISKE, *NZWiSt*, (7), 2014, p. 266; THEILE, «“Internal Investigations“ und Selbstbelastung», *StV*, (6), 2011, pp. 384 ss.; BÖHM, *WM*, (41), 2009, pp. 1926 ss.; BITTMAN/MOLKENBUR, *Wistra*, (10), 2009, pp. 377 s. Se inclina, de *lege ferenda*, a favor de esta postura, JAHN, «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC», *StV*, (1), 2009, p. 44. Rechaza la eficacia probatoria de las declaraciones prestadas por el trabajador bajo la amenaza de despido en una investigación interna: REEB, *Internal Investigations*, 2011, pp. 150 ss., 152, aunque con una vía de fundamentación distinta a la seguida por los anteriores autores. Su modelo se basa en las exigencias constitucionales dirigidas a las autoridades públicas para que su uso o valoración del material probatorio que recoge la declaración sean legítimos. La propuesta se articula a través de un juicio hipotético sobre las posibilidades de que el Estado hubiera conseguido por sus propios medios y de forma legítima la misma declaración.

⁷⁵ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 12; ANDERS, *Wistra*, (9), 2014, p. 331.

⁷⁶ ANDERS, *Wistra*, (9), 2014, p. 331.

En el caso de que las diferencias señaladas existieran realmente, la clave para decidir si se trata de rasgos distintivos relevantes para negar la analogía está en el fundamento de la decisión del *BVerfG*. En este sentido se critica al Tribunal de Karlsruhe que no ha sido muy claro en su sentencia.⁷⁷ A ello cabe replicar que, más allá de que la oscuridad o debilidad de los razonamientos jurídicos de la resolución sea discutible, que el Tribunal no haya fundamentado correcta o suficientemente su decisión no significa que no se la pueda cimentar de modo alguno.

Llegados a este punto, aparece un tercer argumento en contra del traslado de la solución del caso *Gemeinschuldner* a las entrevistas de las investigaciones internas y, en última instancia, a las declaraciones obtenidas por un particular: la precaria fundamentación del propio derecho a no autoincriminarse desaconsejaría extender su ámbito de aplicación a las fuentes de prueba recabadas en el ámbito privado. Se apela, en este sentido, a una metodología conservadora.⁷⁸

Sin duda, la moderación metodológica en la interpretación y aplicación de las normas jurídico-penales es altamente recomendable, pues de ello depende la imposición de la sanción más grave prevista por el Ordenamiento Jurídico. Ahora bien, cuando de lo que se trata es de delimitar el sentido y alcance de los derechos y garantías reconocidos al ciudadano a su favor, no resulta tan claro por qué debe primar el *statu quo*.

Por otra parte, que el derecho a no autoincriminarse carece de una base sólida es una crítica significativamente más precaria que las tesis que con ella se pretenden atacar. Es cierto que son varias las razones que se han ofrecido para justificar este derecho: la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa, el Estado de Derecho como principio, el derecho a un proceso justo, entre otras.⁷⁹ Pero la pluralidad de tesis sobre su fundamento no tiene por qué ser indicativo de su debilidad. El fundamento de la pena estatal se viene discutiendo desde que el debate racional existe y, no obstante, pocos dudan de su legitimidad. Por lo demás, el reconocimiento históricamente consolidado de este derecho en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno jurídico-cultural, cristalizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU.⁸⁰ y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁸¹ debería ser suficiente para que la carga de la prueba pesara sobre quienes ponen en duda su pertinencia.

⁷⁷ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 12.

⁷⁸ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 14 s.

⁷⁹ DANNECKER, «*Der nemo tenetur-Grundsatz — prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen*», *ZStW*, (127), 2015, pp. 370-409; KASISKE, *JuS*, (1), 2014, pp. 15 ss.; BÖSE, «*Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare"*», *GA*, 2002, pp. 98 ss.

⁸⁰ El derecho a no declarar contra uno mismo está previsto en la quinta enmienda de la Constitución de los EE.UU., de 17/9/1787. Sobre los orígenes de esta garantía en el proceso penal anglo-americano, véanse WIGMORE, «*The privilege against self-incrimination: its history*», *Harvard Law Review*, 1901 s., pp. 610-637; LANGBEIN, «*The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*», *Michigan Law Review*, (92), 1994, pp. 1047-1085.

⁸¹ STEDH [Gran Cámara] de 1/6/2010, caso *Gäfgen v. Alemania*, demanda n.º 22978/05, § 168; STEDH [Gran Cámara] de 17/12/1996, caso *Saunders v. Reino Unido*, demanda n.º 19187/91, §§ 68 ss.

En cualquier caso, las deficiencias denunciadas no son en absoluto insuperables.⁸² Algunas denuncian la excesiva abstracción de algunos de los fundamentos del derecho a no declarar contra uno mismo, como la dignidad de la persona o la idea de juicio justo. Son críticas recurrentes a las vías de fundamentación deontológicas, que pueden vencerse con un laborioso —eso sí—trabajo jurídico-dogmático de concreción atento al principio de no contradicción. Otras apuntan a incoherencias intra-sistemáticas que, ciertamente, deben resolverse, pero que, por sí mismas, no consiguen poner en cuestión el fundamento de la institución. A los fundamentos consecuencialistas se les achaca, como no puede ser de otro modo, la ausencia de evidencias empíricas de los modelos de fundamentación propuestos, lo cual no significa que sean incorrectos.⁸³

- Hitos jurisprudenciales vinculantes en España: del TEDH a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español

Como ya se ha dicho más arriba (véase apartado 2.), ni el Tribunal Constitucional ni la Sala de lo penal del Tribunal Supremo se han pronunciado expresamente sobre la conveniencia de que las garantías constitucionales y legales reconocidas al investigado en un procedimiento penal público surtan efecto respecto de las fuentes de prueba obtenidas en el ámbito privado, cuando un particular recopila materiales probatorios de forma sistemática respecto de la intervención de otra persona física en un hecho penalmente relevante.

Sin embargo, existen algunas resoluciones de otras instancias judiciales que conviene tener en cuenta, por la autoridad del órgano y por la proximidad de los hechos despachados con los que aquí nos ocupan.

Una de ellas es la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Shannon v. Reino Unido*, el 6 de abril de 2004.⁸⁴ Sobre el carácter “*directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico*” de la doctrina jurisprudencial del TEDH no hace falta extenderse.⁸⁵ Pues bien, en este caso, la Corte de Estrasburgo tuvo que decidir si los tribunales del Estado demandado habían vulnerado el derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH) del Sr. Shannon, un actor al que un equipo de periodistas de un periódico británico tendió una trampa para confirmar si, tal y como un informante les había indicado, se dedicaba a traficar con drogas en determinados círculos del mundo de los negocios.

El equipo de periodistas asistió a una de las fiestas que solía frecuentar el actor, acudiendo el periodista al mando vestido de jeque árabe y los demás habillados como miembros de su comitiva. Tras entablar conversación con el actor, el falso jeque le comentó su apetencia por el consumo de drogas, a lo que el artista se ofreció a venderle la clase y cantidad que solicitara. El fingido árabe le hizo un pedido y el intérprete movió todos los hilos que hizo falta, que no fueron pocos, para entregar la mercancía unas horas más tarde. Todos los comentarios y gestiones

⁸² SUCAR (coord.), *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, donde se exponen algunas tesis críticas (pp. 1193 ss.) y se concluye abogando por un modelo robusto de protección (pp. 1437 ss., 1483-1497).

⁸³ Una exposición de las diferentes críticas al derecho a no declarar contra uno mismo desde una óptica teórico-normativa en BUELL, *Stanford Law Review*, (59), 2007, pp. 1634-1640.

⁸⁴ Decisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 67537/01.

⁸⁵ Por todos, véase ATC 27/2017, FJ 2º.

realizados por el actor fueron grabados y posteriormente aportados a la policía, constituyendo más adelante la base probatoria de su condena por los tribunales británicos.

Si bien el TEDH concluyó que, en el caso concreto, no se había vulnerado el derecho a un proceso justo, advirtió de que, en ocasiones, la admisión de fuentes de prueba obtenidas mediante la provocación (*entrapment*) del delito por parte de un particular podía dar lugar a la lesión de este derecho, a pesar de que el sujeto privado no hubiera actuado como agente del Estado, sino por iniciativa propia:

“However, just as the domestic courts have held that evidence obtained by means of “private” entrapment, rather than entrapment by or on behalf of agents of the State, may give rise to issues of fairness under section 78 of PACE, the Court does not exclude that the admission of evidence so obtained may in certain circumstances render the proceedings unfair for the purposes of Article 6 of the Convention”.

En la misma línea se ha pronunciado la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo en un caso estructuralmente muy similar, anulando, además, la prueba en el caso concreto. Se trata de la Sentencia n.º 528/2017, de 20 de junio, en la que se enjuicia un caso relativo a una demanda de despido improcedente. Las demandantes basaron su prueba en el informe de un detective privado que había contratado unos servicios con el antiguo empleador de sus clientas para demostrar que aún seguía profesionalmente activo. El Tribunal Supremo anuló la prueba por entender que, al haberse obtenido ésta con una maniobra análoga al delito provocado, era vulneradora del derecho a la dignidad del demandado y a su “libre determinación” (véase el FJ 3.º punto 4.).

Es cierto que los casos de delito provocado por parte de agentes del Estado gozan de un consolidado rechazo por parte del TEDH,⁸⁶ que ha permeado desde hace tiempo en la legislación y jurisprudencia de los Estados miembros. Pero lo mismo cabe decir de la obtención de declaraciones autoincriminatorias bajo coacción ejercida por agentes de la autoridad. De hecho, su rechazo es aún más antiguo. Por ello, no debería haber razón para no hacer extensiva a las fuentes de prueba obtenidas mediante investigaciones internas las reticencias mostradas por estos tribunales a otorgar eficacia probatoria a las evidencias obtenidas contra una persona a la que otro particular, por iniciativa propia, ha incitado para que actuara delictivamente.

- Propuesta de solución

El derecho a no declarar contra uno mismo descansa, por lo menos, sobre dos sólidos pilares. Por un lado, el derecho a la dignidad exige que el investigado no sea un mero objeto del proceso de investigación, sino que pueda intervenir en él como sujeto de derechos con posibilidad de participar activamente, siendo el derecho a no autoincriminarse condición necesaria para que ello sea posible.⁸⁷ Por otro lado, el Estado de Derecho como principio requiere que la verdad procesal dirigida a imponer una pena se obtenga mediante un procedimiento justo. El Estado se contradeciría a sí mismo si pretendiera conseguir la realización del Derecho mediante su

⁸⁶ Un referente al respecto es la STEDH de 9/6/1998, caso *Teixeira de Castro v. Portugal*, demanda n.º 44/1997/828/1034, §§ 31-39.

⁸⁷ En la doctrina, ASENCIO GALLEGOS, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 258 ss.; MORENO CATENA, «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación», en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Prueba y proceso penal*, 2008, pp. 81 ss.; ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977. En la jurisprudencia, ATC 5/2019, FJ 5º; STC 197/1995, ponente Ruiz Vadillo, FJ 6º.

transgresión.⁸⁸ Respetar la voluntad de no declarar contra sí mismo del investigado es también presupuesto indispensable en tal sentido.

El problema de extender la vigencia del derecho a no declarar contra uno mismo a las declaraciones obtenidas por sujetos privados no está, por tanto, en la debilidad de sus fundamentos, sino en que la extensión se produciría en detrimento de otro de los fines del proceso jurídico-penal: el descubrimiento de la verdad y la consiguiente punición del delito. En atención a esta finalidad, extender la vigencia de este derecho podría dar lugar a resultados político-criminalmente inaceptables. Así, se pone el ejemplo de la esposa del delincuente que amenaza a su marido con suicidarse si este no confiesa su crimen a las autoridades. En la medida en que la coacción basta con que sea fáctica, si se prescinde del requisito de que la presión proceda de las autoridades públicas, la declaración del ejemplo no podría ser válida como fuente de prueba en un proceso penal público, lo cual prácticamente nadie estaría dispuesto a aceptar.⁸⁹

Sin duda, no puede si no compartirse que la negación de eficacia probatoria a una declaración como la del ejemplo resulta injustificable. Ahora bien, esto no significa que la extensión de los efectos del derecho a no autoincriminarse a las fuentes de prueba obtenidas mediante determinadas actuaciones de los particulares carezca de justificación. Lo único que cabe conceder a esta crítica es que expandir el ámbito de aplicación de este derecho genera un riesgo de sobreinclusión. Pero este peligro se puede neutralizar identificando con claridad y precisión los casos en los que sí estaría justificada la extensión.

¿Está justificado extender la eficacia de los derechos y garantías del investigado al material probatorio obtenido por sujetos privados y, en su caso, en qué supuestos? Con esta pregunta se está requiriendo una respuesta para todo el universo de casos de recopilación privada de material probatorio en relación con un hecho penalmente relevante, lo cual es evidente que desborda el objeto de este trabajo, ceñido a determinar la eficacia probatoria de las declaraciones vertidas en el marco de una investigación interna. Aquí se tratará de responder dos preguntas más concretas: ¿Está justificado extender la eficacia del derecho a no declarar contra uno mismo (y demás garantías) a las declaraciones obtenidas en una investigación interna y, en su caso, a las obtenidas en cualquier investigación interna o solamente a las obtenidas en determinados tipos de investigación interna?

A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa,⁹⁰ aunque solamente respecto de algunas investigaciones internas. Extender los efectos del derecho a no autoincriminarse (y demás garantías) a este tipo de indagaciones está justificado cuando en ellas se coloca al trabajador

⁸⁸ Voto particular del Juez Holmes en la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928); AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, 1990, pp. 20 ss.; MORENO CATENA, en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Prueba y proceso penal*, 2008, p. 79.

⁸⁹ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 12.

⁹⁰ En España, se muestran favorables a extender a las investigaciones internas la vigencia del derecho a no autoincriminarse: VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, «Compliance, protección del informante e investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. I, 2018, pp. 211 ss., 244-251; NIEVA FENOLL, *Jueces para la democracia*, (86), 2016, pp. 86 ss. En general, a favor del traslado de las garantías legales y constitucionales del proceso penal a las investigaciones internas: ALCÁCER GUIRAO, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 39-46.

“entrevistado” en una posición estructuralmente análoga a la del sujeto interrogado por las autoridades públicas competentes de la persecución del delito.⁹¹ En otras palabras, cuando la relación ciudadano-ciudadano, en nuestro caso, empleador-empleado, deja de ser una relación horizontal —si acaso lo ha sido en algún momento— y pasa a ser una relación vertical.

La relación Estado-ciudadano en el proceso de instrucción del delito se caracteriza por la superioridad de medios y prerrogativas del Estado frente al ciudadano. De ahí que se hable de relación vertical. Este desequilibrio se trata de corregir con el reconocimiento de determinados derechos y garantías al investigado, entre los que se encuentra el derecho a no declarar contra uno mismo. Esta finalidad late tras los dos principales fundamentos de esta prerrogativa. Claramente está detrás de la idea de proceso justo, único con el cual el Estado puede imponer una pena de forma legítima. Que la igualdad de armas entre las partes es uno de los principales elementos de la idea de juicio justo es algo plenamente asentado:

“...under *the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent*” (STEDH [Gran Cámara] de 12 de mayo de 2005, caso *Öcalan v. Turquía*,⁹² § 140; subrayado añadido).

La finalidad de eliminar desequilibrios entre las partes está también implícita en el respeto de la dignidad del investigado, pues la igualdad de armas es condición necesaria para que el procesado pase de ser un mero objeto a ser un sujeto del procedimiento.⁹³

¿Cuándo se produce una identidad estructural entre la investigación interna y la estatal? Por lo 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. En particular, aunque no solo, cuando se disponga de personas que se dediquen de forma específica a la tarea de investigación, especialmente si estas personas son profesionales especializados en la investigación de los hechos problemáticos.⁹⁴

Aparte de estos supuestos, cuando el responsable de la investigación interna consigue la declaración del trabajador mediante una coacción jurídicamente respaldada (amenaza de despido procedente, por ejemplo), tampoco estaría legitimada la imposición de pena por parte del Estado sobre la base de medios de prueba derivados de esta declaración. En estos casos el desequilibrio se produce directamente porque el Estado se encuentra flanqueando la posición del responsable de la investigación.⁹⁵

⁹¹ En esta misma línea SCHUHR, «§ 136a», en KNAUER/KUDLICH/SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur StPO*, 2014, nm. 81 ss.

⁹² Demanda n.º 46221/99.

⁹³ Considera que ambas líneas de fundamentación avalan la extensión del derecho a no autoincriminarse a las relaciones entre privados ROGALL, «Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten», *ZStW*, (91), 1979, pp. 40-42.

⁹⁴ En la misma línea ZERBES, *ZStW*, (125), 2013, pp. 551 ss.

⁹⁵ En esta línea, SARHAN, *Wistra*, (12), 2015, pp. 453 ss.

Conferir validez probatoria a las declaraciones prestadas por el trabajador en cualquiera de estos dos escenarios, sin observancia del contenido material de las garantías constitucional y legalmente previstas para las declaraciones prestadas en un proceso jurídico-penal supone, en palabras del Tribunal Constitucional utilizadas en relación con otros grupos de casos, “*una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes*” (SSTC n.º 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5.º; n.º 111/2011, de 4 de julio, FJ 4.º), en detrimento de “*la integridad y equilibrio exigibles en un proceso justo y equitativo*” (STC n.º 97/2019, de 16 de julio, FJ 3.º).

En cuanto a los riesgos de sobreinclusión esgrimidos por algunos autores reticentes a la expansión de la vigencia del derecho a no autoincriminarse (y demás garantías) a las relaciones entre privados, quedan neutralizados con la limitación de la extensión de su vigencia a los dos grupos de casos mencionados, claramente delimitables.

Por último, no se puede dejar de señalar que, cuando la investigación interna haya estado diseñada y planificada por el empleador con vocación de sistematicidad, habrá serias dudas sobre la credibilidad de sus resultados, pues todo el acervo probatorio en el que se debe contextualizar la declaración del trabajador habrá sido preconstituido por sujetos que reúnen la condición de investigador y parte a la vez. Sus déficits de objetividad son obvios.⁹⁶ En estos casos no tendría sentido limitar las garantías del trabajador entrevistado en favor del descubrimiento de la verdad, puesto que la “verdad” que se pretendería preservar sería una de muy dudosa calidad. Por lo demás, ello sería difícilmente subsanable con la posterior intervención de una autoridad pública objetiva y técnicamente competente, sometida al principio de legalidad. En la medida en que la investigación interna sea sistemática, la incorporación de sus resultados al procedimiento penal público contaminará inevitable e irreversiblemente el criterio de las autoridades públicas competentes, normalmente desde un inicio. En estos casos, la competencia exclusiva de la autoridad pública en la definición de la investigación se ve injustificablemente suplantada por la actividad del particular.⁹⁷

bbb) El derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE; art. 6 CEDH)

Entre quienes consideran necesario poner límites a que las autoridades públicas exploten procesalmente las declaraciones obtenidas en el marco de una investigación interna, están los que abogan por resolver las tensiones que esta posibilidad genera con la maximización del derecho a un juicio justo (*fair trial*) o a un proceso con todas las garantías, según se emplee la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6) o la de la Constitución española (art. 24.2), respectivamente.

Al igual que la propuesta aquí defendida, la argumentación desplegada por este sector doctrinal también se basa en el principio de igualdad de armas. Según estos autores, la igualdad de armas se vería alterada cuando las autoridades públicas competentes hacen suyas las fuentes de prueba obtenidas en una investigación interna en la que se ha sacado provecho de las menores posibilidades de defensa de los trabajadores, cuando esta menor capacidad de defensa se haya

⁹⁶ En general, confiere un paupérrimo valor probatorio a los resultados de una investigación interna por la falta de objetividad de quienes la conducen: NIEVA FENOLL, *Jueces para la democracia*, (86), 2016, p. 83.

⁹⁷ Sobre el riesgo de que las investigaciones privadas frustren el descubrimiento de la verdad: HASSEMER/MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, pp. 76 ss., con soluciones próximas a las propuestas en el texto.

derivado de la situación de presión y/o subordinación en la que se encontraba el trabajador, así como del carácter sistemático y profesionalizado de la investigación interna.⁹⁸

La diferencia entre este modelo de solución y la propuesta aquí defendida es que estos autores anclan su propuesta en el derecho a un juicio justo, en lugar de enraizarla en el derecho a no declarar contra uno mismo. Ello tiene importantes consecuencias en el contenido y alcance de estas propuestas.

Como es sabido, el derecho a un juicio justo se concibe, en términos de vigencia, como un principio: su aplicación es gradual, en función de la medida de vigencia que se conceda a otros derechos o intereses en conflicto, también graduables. De ahí que el juicio sobre la lesión del derecho a un juicio justo suele efectuarse a través de una valoración global del proceso:

“Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings” (STEDH [Gran Cámara] de 13 de septiembre de 2016, caso *Ibrahim et al. v. Reino Unido*,⁹⁹ § 251).

Al efecto de valorar globalmente las posibilidades de defensa que el trabajador ha tenido en el procedimiento de investigación, se ha propuesto analizar los siguientes aspectos:¹⁰⁰

a) *Fiabilidad de la investigación como procedimiento para descubrir la verdad*: ¿Se ha documentado la investigación? ¿Se ha mantenido la cadena de custodia? ¿Se puede trazar el proceso de obtención de las fuentes de prueba?

b) *Posibilidades de participación en la investigación*: ¿Se ha informado al trabajador de los hechos objeto de investigación? ¿Se le ha concedido la posibilidad de ser asistido por un abogado de su elección? ¿Se le ha ofrecido acceso a las actas de la investigación? ¿Ha tenido la oportunidad de realizar manifestaciones por iniciativa propia? ¿Se le ha informado de todas estas posibilidades?

c) *Roles de los intervinientes en la investigación*: ¿Se puede distinguir entre las fuentes de prueba obtenidas por el empresario y las obtenidas por las autoridades públicas competentes? ¿Han mantenido las autoridades públicas la iniciativa del impulso de la investigación? ¿Se ha invertido la carga de la prueba?

d) *Causa justificante del inicio de la investigación*: ¿La investigación responde a la sospecha de que se ha cometido o se está cometiendo un hecho penalmente relevante o más bien se trata de una investigación preventiva aleatoria? ¿Se está investigando un hecho concreto o estamos ante una indagación prospectiva?

e) *Declaración del trabajador*: ¿Se le ha informado del objeto del interrogatorio antes de tomarle declaración? ¿Se le ha ofrecido la posibilidad de no declarar? ¿Se le ha informado antes de su declaración de que sus manifestaciones podían ser empleadas en un procedimiento penal público contra él? ¿Se le ha informado de qué intereses defienden los abogados de la empresa? ¿Se le ha presionado para que declarara?

⁹⁸ MOMSEN, «§ 34 B. Interne Ermittlungen aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht», en ROTSCH (ed.), *Criminal Compliance*, 2015, § 34 B, nm. 32 ss.; KNAUER/GAUL, «Internal Investigations und fair trial – Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *NStZ*, (4), 2013, pp. 192 ss., 193.

⁹⁹ Demandas n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 y 40351/09.

¹⁰⁰ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 280 ss.

f) *Posibilidades de oposición a la investigación*: ¿El trabajador ha tenido ocasión de oponerse o impugnar alguna medida de investigación? ¿Se le ha informado de esta posibilidad?

Se han aducido varias razones a favor de resolver las tensiones generadas por las investigaciones internas a través del derecho a un proceso con todas las garantías en lugar de ampararse en el derecho a la no autoincriminación. En primer lugar, se ha mencionado el ya conocido argumento de que el derecho a no autoincriminarse solamente opera frente a la coacción estatal, no ante la ejercida por un particular. En segundo lugar, se esgrime que la forma de vigencia del derecho a un juicio justo, de naturaleza gradual, que opera como un principio, se adapta mucho mejor a la riqueza fenomenológica de las investigaciones internas que el derecho a no autoincriminarse, cuya vigencia es de carácter binario, al operar como una regla. En tercer lugar, se alega que el derecho a un juicio justo permite tener en cuenta muchas más garantías que el derecho a no autoincriminarse, con el que solamente se prevendría al trabajador frente a coacciones externas, pero no frente al engaño, los déficits de información o de participación en el procedimiento, etcétera.¹⁰¹

Todos y cada uno de estos argumentos son superables. Primero, se debe llamar la atención de que tener en consideración las circunstancias de la investigación interna en la valoración global del procedimiento penal público implica extender la vigencia del derecho fundamental a un proceso justo al material probatorio procedente de una investigación interna, lo cual es precisamente lo que se critica a los defensores del modelo del derecho a no autoincriminarse. En segundo lugar, es discutible que la vigencia gradual del derecho a un juicio justo sea una ventaja. En términos de seguridad jurídica está claro que no lo es, pues la remisión a una valoración global del procedimiento reduce considerablemente las posibilidades de planificación de la conducta de los destinatarios normativos y, en consecuencia, la libertad general de acción. Tercero: los fundamentos del derecho a no autoincriminarse son, sino idénticos, análogos a los que laten tras el derecho a ser informado previamente del objeto de la investigación, a ser asistido por un abogado, a acceder a las actas de la investigación, a no ser engañado, etcétera. Luego las garantías legales y constitucionales basadas en los mismos o similares fundamentos también deberían ver extendida su eficacia sobre el material probatorio obtenido con las investigaciones internas mencionadas *supra* 5.2.b).

Por todo ello, a mi juicio, el derecho a un proceso con todas las garantías es, indudablemente, una herramienta idónea y adecuada para conciliar los intereses que entran en conflicto en la implementación de una investigación interna, pero su papel no es el de representar una alternativa excluyente al derecho a no autoincriminarse, sino el de actuar como mecanismo subsidiario de protección del trabajador. En línea con la doctrina jurisprudencial del TEDH, el derecho a no autoincriminarse debe concebirse como ley especial respecto al derecho a un juicio justo.¹⁰² Siendo los casos aquí estudiados encuadrables en el ámbito de aplicación del derecho a no declarar contra uno mismo, su aplicación resulta preferente a la del más genérico derecho a un proceso equitativo.

¹⁰¹ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 320-322; KNAUER/GAUL, *NStZ*, (4), 2013, pp. 192 ss., 193.

¹⁰² Véanse HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., 2018, pp. 423 ss.

6. Efectos jurídico-procesales de la inobservancia, en la investigación interna, de las garantías reconocidas al investigado en un proceso penal público

Habiendo concluido que la vigencia de los derechos y garantías legal y constitucionalmente reconocidos al investigado en un proceso penal público, en particular el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE), debe hacerse extensiva a las declaraciones de los trabajadores obtenidas con determinados tipos de investigaciones internas (*vid. supra* 5.2.b.bb.aaa)), procede ahora determinar cuáles deben ser los concretos efectos jurídicos.

En primer lugar, se debe subrayar que la propuesta aquí defendida no consiste en postular el reconocimiento al trabajador de un derecho a no autoincriminarse en el marco de determinadas investigaciones internas. En la línea de la solución dada por el *Bundesverfassungsgericht* al caso *Gemeinschuldner*, aquí se parte de que, salvo determinadas excepciones (*ver supra* 5.2.b.aa)), el trabajador tiene el deber de informar a su empleador, por lo que en el ámbito de la relación laboral no puede invocar el derecho a no declarar contra sí mismo para eludir las preguntas del principal.

Lo que aquí se propone es que el derecho a no autoincriminarse despliegue efectos allí donde siempre los ha desplegado: en el procedimiento penal público. La particularidad de la propuesta es que estos efectos no se proyectan sobre fuentes o medios de prueba que recogen declaraciones prestadas ante autoridades o sus agentes, sino sobre materiales probatorios que recogen declaraciones vertidas ante sujetos privados que no han actuado por cuenta del Estado.¹⁰³

¿Cuáles son estos efectos? Básicamente se trata de efectos jurídico-procesales en materia probatoria. Al respecto procede precisar el momento en el que se producen estos efectos (*infra* 6.1), así como su naturaleza y alcance material (*infra* 6.2).

6.1. Momento en el que se producen los efectos jurídico-procesales

En este sentido se debe señalar que las reglas de validez de la prueba afectan a dos momentos distintos del procedimiento: el de obtención de la fuente de prueba y el de su incorporación en el procedimiento jurídico-penal. Respecto del segundo cabe distinguir entre el momento de admisión de la fuente de prueba en alguna de las fases del proceso y el de valoración del medio de prueba.¹⁰⁴

Como se ha dicho, en este trabajo se aboga por que los derechos y garantías reconocidos a toda persona investigada en un procedimiento penal público, en particular el derecho a no declarar contra uno mismo, surtan efecto en el momento de decidir sobre la incorporación (admisión o valoración) en el proceso jurídico-penal del material probatorio obtenido con un determinado tipo de investigaciones internas (*vid. supra* 5.2.b.bb.aaa)).

¹⁰³ Construyen sus modelos de solución sobre la base de la conformidad a Derecho del acto estatal de admisión y/o valoración de los materiales probatorios en el procedimiento jurídico-penal: SARHAN, *Wistra*, (12), 2015, pp. 452 ss.; REEB, *Internal Investigations*, 2011, pp. 119-130.

¹⁰⁴ MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., 2004, pp. 28 ss.

6.2. Naturaleza y alcance material de los efectos jurídico-procesales

Qué consecuencia se debe anudar —si acaso procede anudar alguna— a la vulneración de un derecho del investigado conectada con la obtención o incorporación en el procedimiento jurídico-penal de una determinada fuente de prueba es una cuestión intensamente discutida.¹⁰⁵

La distinción entre “fuente” y “medio de prueba” se basa en el estatus procesal del material probatorio. La primera hace referencia al material probatorio antes de ser incorporado al procedimiento. La segunda hace referencia al mismo objeto, pero una vez ya ha sido incorporado al procedimiento jurídico-penal.¹⁰⁶

A tal efecto, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo distingue entre la denominada “prueba ilícita” y la etiquetada como “prueba irregular”. La primera se refiere al material probatorio cuya obtención o incorporación viola un derecho fundamental. La segunda se reserva para los casos en que la obtención o incorporación constituye una mera transgresión de la ley ordinaria.

Sin duda, la terminología empleada por la Sala segunda no es la más adecuada, pues la prueba irregular también es antijurídica (ilícita). Tampoco es suficiente, dado que es preciso introducir ulteriores subcategorías, como por ejemplo la que permita distinguir entre vulneraciones de derecho fundamental constitucionalmente relevantes y vulneraciones constitucionalmente irrelevantes.¹⁰⁷ Con todo, para no contribuir a la notable confusión que genera la heterogeneidad conceptual y terminológica reinante,¹⁰⁸ en lo que sigue se va a emplear la nomenclatura de la Sala segunda y se va a partir de su doctrina sobre la cuestión.

En relación con la concreta fuente o medio de prueba, la Sala confiere el mismo efecto a la obtenida con vulneración de derechos fundamentales (prueba ilícita) que a la obtenida con infracción de la legalidad ordinaria (prueba irregular): la exclusión del procedimiento penal. En función del grado de penetración que haya conseguido la fuente de prueba en el procedimiento o de la fase procesal en la que nos encontremos, la exclusión se debe articular a través de una prohibición de admisión del material probatorio o mediante una prohibición de valoración.¹⁰⁹ A estas prohibiciones se debería añadir la obligación de eliminar cualquier registro o mantenimiento de la fuente de prueba en las actuaciones.¹¹⁰

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular se encuentran en el grado de afectación del material probatorio derivado de la fuente obtenida antijurídicamente, el llamado “efecto reflejo”. Sobre la base de la conocida teoría de “los frutos del árbol envenenado”, a la calificación de una prueba como ilícita se anuda la expulsión de todas las fuentes o medios de prueba derivados de ella. Si bien inicialmente los Tribunales españoles se conformaron con una mera

¹⁰⁵ MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., 2004, pp. 53 ss., 87.

¹⁰⁶ MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2017, p. 416.

¹⁰⁷ Sobre la tutela multinivel de los derechos fundamentales, véanse PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016.

¹⁰⁸ Al respecto véase MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., 2004, pp. 17 ss.

¹⁰⁹ ARMENTA DEU, *La prueba ilícita*, 2ª ed., 2011, pp. 148 ss.

¹¹⁰ AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, 1990, pp. 12 s., 26.

relación causal entre la fuente originaria y la derivada para decidir cuáles se debían expulsar, actualmente los efectos reflejos se han restringido a través de consideraciones normativas agrupadas bajo el rótulo de “conexión de antijuridicidad”.¹¹¹

La prueba irregular, por el contrario, no produce efectos reflejos, además de poder ser subsanada mediante nuevas actuaciones.

La doctrina del Tribunal Supremo acabada de exponer se resume en el siguiente fragmento del ATS n.º 227/2020, de 13 de febrero, p. Magro Servet (FJ 1.º):

“Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ).

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación —la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“the tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de los “frutos del árbol envenenado (“the fruit of the poisonous tree doctrine”)—, mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, por mor de lo dispuesto en el art. 242 LOPJ y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.

Esta diferencia se resuelve en la práctica, por tanto, en la posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita”.

Conforme a estas premisas, procede determinar cuál debe ser la consecuencia en materia probatoria de la inobservancia, en el marco de las investigaciones internas indicadas *supra* 5.2.b).bb).aaa)), del contenido material de los derechos y garantías reconocidos al investigado en un procedimiento penal público.

En coherencia con la propuesta defendida en este trabajo, basada 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.¹¹²

¹¹¹ En la jurisprudencia, véase la STS 86/2018, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, FJ 3º; STC 49/1999, ponente Vives Antón; STC 81/1998, ponente Vives Antón; y ATS de 18 de junio de 1992, ponente Ruiz Vadillo. En la doctrina, NIEVA FENOLL, «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», *La Ley*, 2017; GÓMEZ COLOMER, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», en EL MISMO (coord.), *Prueba y proceso penal*, 2008, pp. 107-147.

¹¹² En la misma línea, VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar*, t. I, 2018, pp. 211 ss., 250 s.; MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40-1), 2013, pp. 270-273.

Es evidente que la obtención de una declaración del trabajador mediante coacción relevante a efectos del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE) debe considerarse “prueba ilícita” merecedora de los más amplios efectos excluyentes. Ello implica que tampoco sea admisible tratar de introducir el contenido de estas declaraciones por otras vías probatorias,¹¹³ como por ejemplo el testimonio de los entrevistadores. De forma análoga a lo previsto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, en el que se excluye la posibilidad de que los agentes policiales sean llamados como testigos para deponer sobre las declaraciones prestadas ante ellos, tampoco debería llamarse a declarar como testigos a los encargados de realizar las entrevistas en una investigación interna.

En Alemania, algunos autores abogan por que estas declaraciones no puedan tener ningún tipo de efecto, ni tan siquiera como *notitia criminis* que permita justificar el inicio de una investigación por parte de las autoridades públicas competentes en ausencia de un indicio de criminalidad independiente de la declaración.¹¹⁴ Por el contrario, otros consideran que, en estos casos, el interés general en descubrir la verdad y responder jurídico-penalmente al delito justifica el uso de estas declaraciones como punto de partida de una investigación pública.¹¹⁵

A mi juicio, el hecho de que la forma de vigencia del derecho a no declarar contra sí mismo sea la propia de una regla, implica que no quepan ponderaciones como las propuestas por este segundo grupo de autores. Por lo demás, no puede desconocerse el enorme impacto probatorio que, indirectamente, puede tener la concesión de efectos procesales a una declaración autoincriminatoria, por pocos que sean estos efectos. Así, por ejemplo, el conocimiento de la declaración por parte de las autoridades competentes de la persecución del delito puede condicionar por completo el diseño de la investigación que decidan llevar a cabo. En consecuencia, entiendo que la efectiva protección de la posición jurídica del investigado requiere una anulación absoluta de los efectos jurídico-procesales de las declaraciones obtenidas con coacción relevante en relación con el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

7. Recapitulación

El advenimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido acompañado de importantes incentivos legales para que estas entidades recurran a la implementación de investigaciones internas cuando exista una sospecha razonable de que se ha cometido un hecho delictivo en el marco de su actividad (*supra* 1.).

Es evidente que la inyección de recursos privados al esclarecimiento de sucesos penalmente relevantes debería conllevar una mejora en la eficacia con la que se previene y persigue el crimen, en particular el de naturaleza socio-económica, cuyas particulares circunstancias (se comete a través de complejas estructuras organizativas y mediante conductas altamente especializadas, entre otras) hacen difícil su desentrañamiento por parte de una Administración de Justicia aquejada de una endémica infradotación.

¹¹³ MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2017, p. 432; MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., 2004, p. 85.

¹¹⁴ KASISKE, *NZWiSt*, (7), 2014, pp. 266 ss.

¹¹⁵ SARHAN, *Wistra*, (12), 2015, p. 455; WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 293 ss., 300.

La pregunta es si estas mejoras en la eficacia con la que se previene y persigue el delito pueden conseguirse en beneficio de todos o solo a costa de algunos. Existe un riesgo considerable de que el precio del revulsivo en la eficacia de la prevención y persecución de la criminalidad socio-económica sea convertir en papel mojado los derechos y garantías reconocidos al ciudadano en el procedimiento penal público. Por dos motivos.

Primero, porque nuestros más altos tribunales parten de la premisa de que las fuentes de prueba obtenidas por un particular pueden ser admitidas y valoradas en el procedimiento jurídico-penal, incluso cuando se hubieran obtenido de forma antijurídica. Se excluyen, no obstante, las recabadas en connivencia con las autoridades públicas, las recopiladas con vulneraciones insoportables de derechos fundamentales (violencia, tratos degradantes, etc.) y las obtenidas de forma sistemática, con la finalidad de aportarlas en un procedimiento judicial, habiendo lesionado algún derecho fundamental por el camino (*supra* 2.).

Segundo, porque los derechos y garantías procesales, entre los que se cuenta el derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE), han sido concebidos tradicionalmente como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado (*supra* 5.2.b.bb)). Con arreglo a esta concepción, las fuentes de prueba obtenidas a través de una investigación privada interna, conducida al margen de los estándares del proceso jurídico-penal en materia de garantías, no tendrían por qué ser inadmitidas como medios de prueba en un procedimiento judicial penal. La inobservancia de tales garantías por parte de los particulares sería jurídico-procesalmente irrelevante según lo señalado en el párrafo anterior.

Obviamente, si los materiales probatorios recabados con una investigación interna desconsiderada con los intereses de defensa de quienes se ven involucrados en ella fueran admitidos sin reparos en el procedimiento jurídico-penal posterior o paralelo, las posibilidades de defensa de la persona involucrada, normalmente un trabajador por cuenta ajena, se verían claramente reducidas.

En este sentido resulta ejemplar el caso de las declaraciones prestadas por el trabajador con ocasión de una entrevista enmarcada en una investigación interna. Salvo determinadas excepciones (*supra* 5.2.b.aa)), por regla general el trabajador carga con el deber de colaborar con su empleador en el esclarecimiento de los hechos penalmente relevantes que conozca con ocasión de su puesto de trabajo, incluso cuando ello implique declarar contra sí mismo. El incumplimiento de este deber puede justificar un despido procedente. El dilema se resume con la expresión: “confesión o finiquito”; “*talk or walk*”, en inglés. Si las declaraciones autoincriminatorias vertidas en el ámbito laboral bajo la amenaza de despido pueden utilizarse en el procedimiento jurídico-penal por parte de las autoridades públicas competentes de perseguir y sancionar el delito, las posibilidades de defensa del trabajador son, claramente, escasas.

No obstante, existen buenas razones a favor de que las cosas no sean así. En primer lugar, cuando los responsables de la investigación interna actúen como agentes del Estado, el trabajador por cuenta ajena merece las mismas garantías que las que se le reconocen en un proceso penal público, entre ellas, el derecho a no responder a su empleador. Los criterios para determinar cuándo el responsable de una persona jurídica actúa como agente del Estado hay que buscarlos en la teoría de la intervención en el delito y demás estructuras de imputación del hecho penalmente relevante (*supra* 4.).

Lo mismo cabe decir en los casos en los que las autoridades públicas competentes de perseguir el delito hayan limitado o pospuesto su actuación debido a la existencia de una investigación interna en curso o de previsible iniciación, con la finalidad de aprovecharse de sus resultados. Este tipo de actuación constituye un claro fraude de Ley (art. 6.4 Cc), a resolver mediante la aplicación de los derechos y garantías que se han pretendido soslayar (*supra* 5.2.a)).

En tercer lugar están los casos en los que, no actuando el responsable de la investigación interna como agente del Estado y sin mala fe procesal (fraude de Ley) por parte de las autoridades competentes, el trabajador involucrado en la investigación interna se encuentra en una posición de inferioridad frente al responsable de las indagaciones equivalente a la que ocuparía frente a las autoridades competentes si no dispusiera de derechos y garantías en el proceso penal público. Se trata de los supuestos en los que el responsable de la investigación interna ocupa una posición de clara superioridad de armas respecto del sujeto “entrevistado”. Este desequilibrio estará presente, por regla general, en la entrevista de un empleador a su empleado, bajo la amenaza de despido (procedente) en el caso de que este se niegue a declarar. En los demás casos, la situación de desigualdad de armas jurídico-procesalmente relevante se dará cuando concurren las siguientes circunstancias: i) la investigación interna tiene por objeto un hecho penalmente relevante; ii) la investigación tiene carácter sistemático; iii) el responsable de la investigación emplea recursos humanos y materiales equivalentes a los que se emplean en un proceso penal público. Cuando la investigación interna se produzca en estas condiciones de desequilibrio, estará justificado proyectar sobre sus resultados la vigencia del derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE —*supra* 5.2.b).bb).aaa)).

Subsidiariamente, las declaraciones vertidas por el trabajador en una investigación interna quedarán sometidas al control del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE —*supra* 5.2.b).bb).bbb)). La extensión de la vigencia de los derechos y garantías del ciudadano en el proceso público a las investigaciones internas debe traducirse en la prohibición de admisión o valoración judicial de los materiales probatorios recabados con estas indagaciones privadas. No se trata de conferir a los empleados los derechos y garantías del proceso público frente a sus empleadores. El trabajador por cuenta ajena mantiene su deber de informar a su empleador, incluso cuando ello exija autoincriminarse, pero estas declaraciones no podrán ser incorporadas en el procedimiento jurídico-penal, ni directa ni indirectamente. Tampoco se podrán utilizar para fundamentar el inicio de una investigación penal por parte de las autoridades públicas competentes. Los efectos jurídico-procesales de los materiales probatorios obtenidos en una investigación interna sin observancia del contenido material de los derechos y garantías del ciudadano en un proceso penal público deberían ser los mismos que se confieren a los materiales obtenidos en vulneración de tales derechos y garantías en el marco de un procedimiento jurídico-penal conducido por las autoridades públicas competentes (*supra* 6.).

Los recientes incentivos legales a la implementación de investigaciones privadas internas sobre hechos penalmente relevantes conllevan una importante inyección de recursos al esclarecimiento y persecución del delito, en particular el de carácter socio-económico, cuya investigación y sanción son particularmente espinosas. Sin embargo, según cuál sea el modo en que se implementen estas indagaciones, las mejoras en prevención y sanción pueden ir en detrimento de las garantías reconocidas al ciudadano, en particular, cuando este ocupa el rol de trabajador por cuenta ajena, incluido el personal de alta dirección. La dogmática jurídico-procesal ofrece soluciones de *lege lata* que permiten compatibilizar las mejoras en la eficacia preventiva y sancionadora con la preservación de las garantías reconocidas al ciudadano. Con

todo, la elevada inseguridad jurídica existente en torno a este fenómeno, caracterizado por los numerosos intereses en conflicto que laten tras él, hace deseable la positivización de estas soluciones.¹¹⁶

8. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2019), «Retos para el Compliance penal: *Barbulescu, Falciani* y el reforzamiento de garantías en el proceso penal», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, UAM Ediciones, Madrid, pp. 33 ss.

AMELUNG (1990), *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Duncker & Humblot, Berlín.

ANDERS (2014), «Internal Investigations – Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo tenetur-Grundsatz», *WistraZeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (9), pp. 329 ss.

ARMENTA DEU (2011), *La prueba ilícita*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

ASENCIO GALLEGO (2017), *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

AYALA GONZÁLEZ (2020), «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), pp. 270 ss.

ALEXANDER/COHEN (2015), «The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements», *American Criminal Law Review*, (52), pp. 537 ss.

BECKER (2017), «§ 54. Nebenpflichten des Arbeitnehmers», en KITTNER *et al.* (eds.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 9ª ed., Bund Verlag, Fráncfort del Meno.

BITTMAN/MOLKENBUR (2009), «Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht», *WistraZeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (10), pp. 373 ss.

BÖHM (2009), «Strafrechtliche Verwertbarkeit der Auskünfte von Arbeitnehmern bei unternehmensinternen Untersuchungen», *Wertpapier-Mitteilungen*, (41), pp. 1923 ss.

BÖSE (2002), «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes “*Nemo tenetur se ipsum accusare*”», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 98 ss.

¹¹⁶ En España existen voces a favor de una regulación legal expresa de este fenómeno tanto en la academia: NEIRA PENA, *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, (37), 2015; como en el sector privado: DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ, «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 989 ss., 1015. En Alemania ya se han dado los primeros pasos en este sentido: MOOSMAYER/PETRASCH, «Gesetzliche Regelungen für Internal Investigations», *ZHR*, (182), 2018, pp. 504 ss.

BUELL (2007), «Criminal procedure within the firm», *Stanford Law Review*, (59), pp. 1613 ss.

DANNECKER (2015), «Der nemo tenetur-Grundsatz —prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127), pp. 370 ss.

DEPARTMENT OF JUSTICE (2018), *Justice Manual*, § 9-28.000. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (disponible en <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>).

————— (2006), *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, “McNulty Memorandum” (disponible en https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf).

————— (2003), *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, “Thompson Memorandum”.

DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ (2018), «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. II, Aranzadi, Pamplona, pp. 989 ss.

DUGGIN (2003), «Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview», *Columbia Business Law Review*, (3), pp. 859 ss.

GARRETT (2008), «Corporate Confessions», *Cardozo Law Review*, (30), pp. 917 ss.

GÓMEZ COLOMER (2008), «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», en EL MISMO (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 107 ss.

GRECO/CARACAS (2015), «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), pp. 7 ss.

HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK (2018), *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford.

HARTWIG (2018), «Pflicht der Unternehmensleitung zur Durchführung interner Compliance Untersuchungen in Unternehmen und Konzernen», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, pp. 7 ss.

HASSEMER/MATUSSEK (1996), *Das Opfer als Verfolger*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

JAHN (2009), «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC», *Strafverteidiger*, (1), pp. 41 ss.

KASISKE (2014), «Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen – Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, (7), pp. 262 ss.

- (2014), «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *Juristische Schulung*, (1), pp. 15 ss.
- KASPAR (2013), «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (160-4), pp. 206 ss.
- KNAUER/GAUL (2013), «Internal Investigations und fair trial – Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (4), pp. 192 ss.
- LANGBEIN (1994), «The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law», *Michigan Law Review*, (92), pp. 1047 ss.
- LINCK (2015), «Nebenpflichten und Wettbewerbsverbote», en SCHAUB (dir.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 16^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI (2011), «Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?», *Corporate-Compliance-Zeitschrift*, (1), pp. 19 ss.
- MAJER (2018), «Amnestie-/Leniency-Programme», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2^a ed., C. H. Beck, Múnich, pp. 69 ss.
- MARTÍNEZ CID (2019), «"La tortura del silencio" ;ius tacens y nemo tenetur, qué poco hemos cambiado!», en VILLAR FUENTES (dir.), *Investigación y prueba en los procesos penales de España e Italia*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 239 ss.
- MENGEL (2017), «Internal Investigations – Arbeitsrechtliche Lessons Learned und Forderungen an den Gesetzgeber», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (23), pp. 1494 ss.
- MENGEL/ULLRICH (2006), «Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (5), pp. 240 ss.
- MIRANDA ESTRAMPES (2004), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2^a ed., Bosch, Barcelona.
- MOMSEN (2015), «§ 34 B. Interne Ermittlungen aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht», en ROTSCHE (ed.), *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, pp. 1234 ss.
- MONTIEL (2013), «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40-1), pp. 251 ss.
- MOOSMAYER (2018), «Interne Untersuchungen in Unternehmen – Einführung und Überblick», en MOOSMAYER/HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen*, 2^a ed., C. H. Beck, Múnich, pp. 1 ss.
- MOOSMAYER/PETRASCH (2018), «Gesetzliche Regelungen für Internal Investigations», *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, (182), pp. 504 ss.
- MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ (2017), *Derecho procesal penal*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MORENO CATENA (2008), «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación», en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 75 ss.

NEIRA PENA (2015), «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (37), pp. 49 ss.

NIETO MARTÍN (2015), «Investigaciones internas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231 ss.

————— (2015), «La prevención de la corrupción», en el mismo (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 307 ss.

NIEVA FENOLL (2017), «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», *Diario La Ley*, (9068).

————— (2016), «Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio», *Jueces para la democracia*, (86), pp. 80 ss.

PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (2016), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid.

DE PRADA RODRÍGUEZ/SANTOS ALONSO (2014), «Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas», *Anuario Jurídico Villanueva*, (8), pp. 287 ss.

PRIETO GONZÁLEZ (2019), «Las investigaciones internas: el *Attorney Privilege* y el *Work Product Privilege*», en ALCOLEA CANTOS/PARDO PARDO (coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 251 ss.

————— (2018), «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. II, Aranzadi, Pamplona, pp. 1101 ss.

REEB (2011), *Internal Investigations*, Duncker & Humblot, Berlín.

ROGALL (1979), «Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (91), pp. 1 ss.

————— (1977), *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Duncker & Humblot, Berlín.

ROXIN/SCHÜNEMANN (2017), *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RUDKOWSKI (2011), «Die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch “Interviews“», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (11), pp. 612 ss.

- SARHAN (2015), «Unternehmensinterne Privatermittlungen im Spannungsfeld zur strafprozessualen Aussagefreiheit», *WistraZeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (12), pp. 449 ss.
- SCHMITT (2017), «§ 136a», en MEYER-GROSSNER (dir.), *Strafprozessordnung*, 60ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- SCHRADER/THOMS/MAHLER (2018), «Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (15), pp. 965 ss.
- SCHUHR (2014), «§ 136a», en KNAUER/KUDLICH/SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur StPO*, C. H. Beck, Múnich.
- SPINNER (2020), «§ 611a», en SÄCKER *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- STOUT (2005), «Conviction of Arthur Andersen is voided», *The New York Times*, de 1º de junio (disponible en <https://www.nytimes.com/2005/06/01/business/worldbusiness/conviction-of-arthur-andersen-is-voided.html>).
- SUCAR (2019), *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- THEILE (2011), «“Internal Investigations“ und Selbstbelastung», *Strafverteidiger*, (6), pp. 381 ss.
- VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO (2018), «Compliance, protección del informante e investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 211 ss.
- WASTL/LITZKA/PUSCH (2009), «SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (2), pp. 68 ss.
- WEWERKA (2012), *Internal Investigations*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- WIGMORE (1901-1902), «The privilege against self-incrimination: its history», *Harvard Law Review*, pp. 610 ss.
- WING (2014), «Corporate internal investigations and the Fifth Amendment», *Business Law Today*, September (disponible en https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2014/09/03_wing/).
- WOLTER (2012), «Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts. Zur objektiven Zurechnung im Strafprozess», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), pp. 238 ss.
- XIAO (2013), «Deferred/Non prosecution agreements: effective tools to combat corporate crime», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, (23), pp. 233 ss.

ZERBES (2013), «Unternehmensinterne Untersuchungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (125), pp. 551 ss.