

Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas

Prohibición probatoria según la imputación al Estado

Sumario

-

El artículo se centra en la prohibición de utilizar como prueba en el proceso penal los resultados de investigaciones internas, a la vista del deber laboral de rendir cuentas y la libertad de autoincriminación del empleado. Se rememora el dilema del empleado sospechoso, según el cual, en una cooperación entre empresa y Estado, suele verse obligado a declararse culpable so pena de un despido procedente. Partiendo de la problemática de una posible autoincriminación forzada, se plantean distintos argumentos para limitar la utilización en el proceso de las declaraciones autoinculatorias del empleado. Así se analizan las propuestas de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la del juicio de ponderación del derecho a un proceso equitativo. Ambas se presentarán como implausibles para la solución del problema, lo que llevará a la necesidad de optar por una tercera posición. Se examina la denominada teoría de la imputación y se detallan sus criterios de aplicación en el ámbito de las investigaciones internas. En suma, el nemo tenetur se aplicará siempre y cuando la obtención de la prueba por el particular sea imputable al Estado. Por último, se concluye que la teoría de la imputación coincide no solo con la jurisprudencia española del caso Falciani, sino que también es la más coherente con el desarrollo dogmático de las prohibiciones probatorias vinculadas a los resultados de las investigaciones corporativas.

Abstract

-

This article focuses on the exclusion of evidence obtained as a result of a corporate internal investigation, taking into account the tension between the employee's duty to report and his right against self-incrimination. That is the dilemma of a suspicious employee as he might be effectively forced by the employer to make incriminating statements under threat of job loss. Concerns motivated therefore by this kind of forced self-incrimination have put forward various arguments to limit the government's use of those statements in a criminal proceeding. It will then analyze the approaches of the third-party effect of fundamental rights and of the balancing test based on fair trial. Both will be presented as implausible to solve the problem so that a third approach should be considered. Consequently, the paper examines the so-called theory of imputation, detailing its criteria for application in the field of internal investigations. In summary, the freedom from self-incrimination shall always apply when the gathering of the evidence by a private person might be attributable to the government. The article concludes this last approach coincides not only with the Spanish Falciani jurisprudence but is also the most consistent for developing the rules on admissibility of evidence gathered in internal investigations.

Zusammenfassung

-

Der Aufsatz untersucht das Beweisverwertungsverbot eines im Rahmen einer unternehmensinternen Untersuchung erlangten Beweismittels im Spannungsverhältnis zwischen der Aussagepflicht und der Selbstbelastungsfreiheit des Arbeitnehmers. Man weist auf das Dilemma des verdächtigen Arbeitnehmers hin, der in einer Kooperation von Unternehmen mit Strafverfolgungsbehörden faktisch durch die Bedrohung einer Kündigung gezwungen wird, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen. Dies bringt zugleich

Bedenken bei dieser Art von erzwungenen Selbstbelastung mit sich, wonach die Verwertung der selbstbelastenden Aussage im Strafverfahren einzuschränken ist. Anschließend werden die Lösungsansätze der Drittwirkung der Grundrechte und der aus dem Gebot eines fairen Verfahrens ableitenden Abwägungslehre analysiert. Beide werden als unplausibel zur Lösung des Problems dargestellt, sodass ein dritter Lösungsansatz berücksichtigt wird. So wird die Zurechnungstheorie untersucht und ebenfalls werden die Kriterien für ihre Anwendung im Bereich der internen Untersuchungen detailliert. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Selbstbelastungsfreiheit immer dann eingreift, wenn die Beweiserhebung durch Private dem Staat zuzurechnen ist. Der Aufsatz kommt dann zu dem Schluss, dass die Zurechnungstheorie nicht nur mit der spanischen Falciani-Rechtsprechung übereinstimmt, sondern auch der konsequenteste Lösungsansatz ist, wenn es darum geht, die Dogmatik der Beweisverbotslehre im Zusammenhang mit unternehmensinternen Untersuchungen weiterzuentwickeln.

Title: “Forced” self-incrimination in internal investigations: exclusionary rules under the imputation to the State

Titel: „Erzwungene“ Selbstbelastung bei Internal Investigations: Beweisverwertungsverbote nach der Zurechnung an den Staat

-

Palabras clave: investigaciones internas, prohibiciones probatorias, *nemo tenetur*, derecho a no autoincriminarse, deber de rendir cuentas, confesión, juicio de ponderación, imputación al Estado, Falciani.

Keywords: *internal investigations, exclusionary rules, nemo tenetur, right against self-incrimination, duty to report, confession, balancing test, state action, Falciani.*

Stichwörter: *Interne Untersuchungen, Beweisverwertungsverbote, nemo tenetur, Selbstbelastungsfreiheit, Auskunftspflicht, Geständnis, Abwägungslehre, Zurechnung an den Staat, Falciani.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.03

-

Recepción

15/05/2022

-

Aceptación

12/09/2022

-

Índice

-

1. Introducción

2. Autoincriminación forzada del empleado por la amenaza de despido

3. El riesgo de eludir el derecho fundamental a no autoincriminarse

4. Derecho a no autoincriminarse y su eficacia entre particulares

5. Prohibición probatoria de la declaración autoincriminatoria

5.1. Juicio de ponderación con fundamento en el derecho a un proceso equitativo

5.2. Imputación al Estado de los resultados de la investigación privada

a. Fundamento general de la imputación procesal penal

b. Criterios de imputación en las investigaciones internas


c. La imputación en la *doctrina Falciani*

d. Críticas a la teoría de la imputación

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Es cierto que el vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha incentivado la cultura del *compliance* en el ámbito de las empresas, especialmente por medio de atenuantes o eximentes de la pena¹. En este contexto, se ha subrayado la necesidad de que los programas de cumplimiento dispongan de mecanismos de investigación sobre delitos vinculados a las actividades empresariales². Luego, a partir de las muchas dudas jurídicas que plantean esos mecanismos y del natural interés que despierta el tema en la práctica empresarial, no extraña que el fenómeno de las investigaciones internas se haya convertido en uno de los temas más debatidos del proceso penal en España desde hace casi una década³.

Las investigaciones internas pueden comprenderse como el procedimiento de recopilación de información realizado por la propia empresa y destinado al esclarecimiento de hechos pasados o presentes de su interés⁴. La empresa puede tener diversos motivos para realizar una investigación interna: como soporte a una estrategia de defensa litigiosa; para la interposición de una acción de regreso; simplemente para satisfacer su interés por la información o servirse de ella como medio para establecer de forma creíble una plena cooperación con las autoridades⁵. Pese a las distintas clases ya identificadas de la doctrina⁶, aquí se tomarán en consideración solamente las

* Autor de contacto: Pedro Pouchain, doctorando en cotutela en la Universidad Complutense de Madrid y la Humboldt-Universität zu Berlin: pedro.pouchain@hu-berlin.de. Versiones previas de este trabajo fueron presentadas para la obtención del título *LL.M. Deutsches und Europäisches Rechts und Rechtspraxis* en la Humboldt-Universität zu Berlin y en el seminario de investigación del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en el marco de una estancia de investigación financiada por el Ministerio Público Federal de Brasil. Mis agradecimientos a la Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter por su respaldo y revisión del texto y al Prof. Dr. Luis Greco por la acogida y valiosas críticas.

¹ Véase a propósito los arts. 31 *bis* 4 y 31 *quater* d del Código Penal.

² BACHMAIER WINTER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *Diario La Ley*, (7938), 2012, pp. 5 ss.

³ Entre los primeros, véase: ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, «Derechos de los Trabajadores y Deberes del Empresario: Conflicto en las Investigaciones Empresariales Internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 197 ss.; MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 2013, pp. 144 ss.; MONTIEL, «Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 221 ss.; NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, (8120), 2013, pp. 1 ss.

⁴ Cf. BITTMANN/BROCKHAUS/VON COELLN/HEUKING, «Regelungsbedürftige Materien in einem zukünftigen „Gesetz über interne Ermittlungen“», *NZWiSt*, (1), 2019, pp. 1 ss.; SPOERR, «Rechtspolitische Überlegungen zu einem Unternehmensstrafrecht: Die Perspektive der internationalen internen Untersuchungen», en KUBICIEL (ed.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, 2020, p. 100. Con una definición un poco más estricta, cf. NIETO MARTÍN, «Investigaciones Internas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 231 s.; y limitándolas a las sospechas de hechos delictivos, cf. NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 335.

⁵ KLAAS, *Interne Untersuchungen und Informationsaustausch*, 2019, p. 67.

⁶ Con respecto a las clases de investigaciones preventivas, confirmatorias y defensivas, cf. COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley*, (9080), 2017, pp. 4 ss.; 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 Martín*, t. II, 2018, pp. 1106 s.

investigaciones defensivas, estructuradas sobre la lógica de una cooperación público-privada, y con el fin específico de reducir el riesgo de sanción penal de la empresa⁷.

En el marco de una investigación interna, la empresa dispone de diversos métodos de investigación y, sobre todo, del poder fáctico de realizar intensas intervenciones en el lugar de trabajo, como la incautación de ordenadores, grabaciones de video y escuchas telefónicas o ambientales. Ello ha generado una gran preocupación con respecto a la injerencia en los derechos fundamentales de los empleados⁸, si bien uno de los principales debates se centra, no tanto en las medidas anteriores, sino, precisamente, en las aparentemente inofensivas entrevistas de los empleados, consideradas «el corazón» de las investigaciones internas⁹.

En este contexto, el presente estudio analizará la admisibilidad de estas declaraciones como prueba en el proceso penal, derivadas de la existencia de una cooperación investigativa entre empresa y Estado. Para ello, se pondrá de manifiesto el dilema ante el que se encuentra el trabajador, según la tensión que genera el deber laboral de rendir cuentas sobre su libertad de autoincriminarse. En consecuencia, se analizará hasta qué punto la amenaza de despido –por transgresión de este deber– puede efectivamente conducir a una especie de autoincriminación forzada (*infra* 2). A continuación, se aborda el riesgo que ello representa para el derecho a la no autoincriminación (*infra* 3). A partir de ahí, se analizan dos enfoques para solucionar la tensión descrita: el que se dirige a justificar la eficacia entre particulares del derecho a no autoincriminarse (*infra* 4); y el segundo que busca prohibir el uso de la declaración en el proceso penal (*infra* 5) – bien con fundamento en el derecho fundamental a un proceso equitativo (*infra* 5.1), o bien por reconocer una vulneración al derecho a no autoincriminarse atribuible al Estado (*infra* 5.2)–. Por último, se recapitularán los argumentos expuestos a lo largo del trabajo y se sintetizarán las dos conclusiones alcanzadas (*infra* 6).

2. Autoincriminación forzada del empleado por la amenaza de despido

En general en el derecho laboral, ha predominado el entendimiento de que una negativa del empleado a responder las preguntas del empleador, especialmente cuando están vinculadas directamente al ejercicio de las funciones laborales, conlleva no solo el incumplimiento de su deber de rendir cuentas, sino también la transgresión de las órdenes e instrucciones del empresario¹⁰. Asimismo, se comprende que el empleado, a causa de su contrato, se obliga a

⁷ Cf. ORSI/RODRÍGUEZ-GARCÍA, «Las Investigaciones Defensivas en el Compliance Penal Corporativo», en RODRÍGUEZ-GARCÍA/RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, 2021, pp. 311 ss. No se ignore, por otro lado, que ni todas investigaciones defensivas tienen el propósito de cooperar con los órganos públicos, como destaca ANDERS, «Internal Investigations - Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo-tenetur-Grundsatz», *wistra*, (9), 2014, p. 333, con referencia a la incautación de documentos en el fallo “HSH Nordbank” del Tribunal del Land de Hamburgo (LG Hamburg, *NJW*, 2011, p. 942).

⁸ NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 4; NIEVA FENOLL, «Investigaciones Internas de la Persona Jurídica: Derechos Fundamentales y Valor Probatorio», *Jueces para la Democracia*, (86), 2016, pp. 85 s.

⁹ DUGGIN, «Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism, and the Employee Interview», *Colum. Bus. L. Rev.*, (3859), 2003, p. 864; WASTL/LITZKA/PUSCH, «SEC-Ermittlungen in Deutschland - eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *NStZ*, (2), 2009, p. 68; cf. NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 339; ESTRADA I CUADRAS, «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret*, (4), 2020, p. 231.

¹⁰ NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 359, con referencia a los deberes básicos del empleado del art. 5 del Estatuto de los Trabajadores. También en Alemania se ha comprendido que las relaciones, en el ámbito de una investigación interna, siguen en general reguladas por el

declarar ante el empleador sobre los hechos relacionados con su ámbito de trabajo inmediato – incluso si para ello tiene que autoincriminarse– so pena de asumir el riesgo de un despido procedente [art. 54.2. d) del Estatuto de los Trabajadores]¹¹.

Sobre el particular, hay que preguntarse primeramente si la amenaza de despido por parte del empleador puede efectivamente equipararse a una coacción, a fin de definir si estaríamos o no ante una autoincriminación provocada por el particular. En este punto, se trata de saber en qué medida la amenaza de despido puede interferir en la decisión o en el acto de voluntad del empleado entrevistado y, consecuentemente, determinar la obtención de sus declaraciones autoinculpatorias, pues ello podría implicar una autoincriminación forzada del trabajador.

En lo que respecta a las investigaciones internas, hay una primera opinión que afirma que no existe ningún tipo de coacción. Precisamente porque el empleador no dispone de las mismas potestades que las autoridades oficiales de persecución penal, destacadamente, los medios de coerción de una detención cautelar o incautación. Es decir, se presenta contradictorio imponer a los empleadores solamente los límites a su actuación investigativa, sin garantizarles la misma potestad de injerencia de los agentes oficiales. Ello sería como mirar solamente una cara de la moneda, lo que quebrantaría el equilibrio subyacente a las normas procesales. Además de ello, tampoco se tomaría en serio la posición jurídica del empresario, el cual tiene un interés legítimo de actuar para reducir los riesgos de su responsabilidad¹². En definitiva, no se podría hablar de una auténtica coacción en tales circunstancias. Ello solo respondería a una presión fáctica y de origen contractual, y no a un deber impuesto por la ley o el Estado¹³.

Sin embargo, esta opinión no es plenamente convincente. Por un lado, porque el art. 241.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social¹⁴ faculta al empleador a exigir el cumplimiento del deber de rendir cuentas mediante la imposición judicial de apremios personales o multas pecuniarias. Asimismo, la amenaza de despido puede ser suficiente para generar una coacción de hecho sobre el empleado, que es capaz de viciar la manifestación de voluntad del empleado de declarar. A fin de cuentas, la alternativa en la que se coloca al empleado, entre perder su trabajo –la base de su sustento– o autoinculparse, no es exactamente una elección libre entre hablar o silenciar. En tales circunstancias, una elección racional y sin trabas parece efectivamente imposible. Antes que nada, se puede afirmar que una situación de presión que ponga en peligro la supervivencia del trabajador, desde un punto de vista económico, es capaz de menoscabar su libertad de decidir entre guardar o no silencio. Sobre este particular, ya dictaminó el Tribunal Supremo de los EE. UU., de modo similar, en la sentencia *Garrity v. New Jersey*¹⁵: en ella afirmó que las

derecho laboral, cf. MOOSMAYER, en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, p. 140, con referencia a la decisión «HSH Nordbank» del Tribunal del Land de Hamburgo (LG Hamburg, *NJW*, 2011, p. 942).

¹¹ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., 2017, pp. 198 s.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 248 ss.; TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur: Consideraciones Prácticas Nacionales e Internacionales*, 2020, pp. 141 ss.

¹² MOMSEN/GRÜTZNER, «Verfahrensregeln für interne Ermittlungen», *DB*, (32), 2011, p. 1793; cf. GRECO/CARACAS, «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (1), 2015, p. 10; NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 412.

¹³ KNAUER/BUHLMANN, «Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – was bleibt von nemo tenetur und fair-trail?», *AnwBl*, (6), 2010, p. 389; cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 10.

¹⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre.

¹⁵ *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967).

declaraciones de los empleados a los empleadores públicos, bajo amenaza de despido, eran *involuntarias* e inadmisibles¹⁶.

Por tanto, puede argumentarse que la amenaza de despido ejerce una coacción de hecho dirigida a obtener las declaraciones del empleado, que constituye el factor determinante para que el trabajador decida autoinculparse, de lo cual se infiere el resultado de una autoincriminación forzada.

3. El riesgo de eludir el derecho a no autoincriminarse

Este conjunto de factores genera un cuadro perturbador, en el cual hay que reconocer legítimas las preocupaciones generadas por una «privatización» de la persecución penal, más aún según se incrementa la cooperación entre las empresas y las autoridades encargadas de la persecución penal¹⁷. En la medida en que los actos privados de obtención de prueba no se sujetan a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸ y las investigaciones internas siguen ubicadas en una zona desregulada entre el derecho público y privado, es natural que se produzca el riesgo de una merma en la protección de los derechos fundamentales y de las garantías del Estado de Derecho¹⁹. Al fin y al cabo, no se puede aceptar sin más que el empleado sospechoso se convierta, por medio de la acción de su empleador, en un objeto del procedimiento criminal.

Por un lado, está clara la necesidad de controlar los abusos que pueden derivarse de la privatización de la persecución penal que, incluso, se serviría de autoincriminaciones compelidas por las empresas. Por el otro, es cierto que todavía no hay consenso acerca de cómo justificarlo dogmáticamente: aunque el fin sea noble, no puede justificar los medios. A tal efecto, se han planteado distintas posibles soluciones. Una primera se deriva de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y se centra en aplicar el derecho a no autoincriminarse al ámbito privado (*infra* 4); mientras que las otras dos se dirigen fundamentalmente a prohibir la utilización de la declaración autoinculpatoria en el proceso penal (*infra* 5), bien con fundamento en el derecho a un proceso equitativo (*infra* 5.1), bien reconociendo una vulneración de la libertad de autoincriminación atribuible al Estado (*infra* 5.2).

¹⁶ *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967), pp. 497 s.

¹⁷ Cf. PFORDTE, «Outsourcing of Investigations?« *Anwaltskanzleien als Ermittlungshilfen der Staatsanwaltschaft*», en ARBEITSGEMEINSCHAFT STRAFRECHT DES DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 740; WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; MONTIEL, «Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270; GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y Derechos de los Trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 231; NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* pp. 260 s.; en el derecho estadounidense, véase: GRIFFIN, «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom*, New York University Press, New York, 2011, pp. 110 ss.

¹⁸ Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, p. 19; BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, p. 377.

¹⁹ MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270; NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 4; MOOSMAYER, en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance* p. 137.

4. Derecho a no autoincriminarse y su eficacia entre particulares

Si se reconoce una irradiación incondicional de los derechos fundamentales de defensa en las investigaciones internas²⁰, el deber de rendir cuentas del empleado debería mitigarse en favor de la prevalencia del derecho a no declarar en la relación laboral. Por lo cual, el dilema del empleado se solucionaría sin mayores problemas: la decisión de declarar o de guardar silencio seguiría la lógica del ejercicio de una facultad, y no la de una obligación jurídica de colaborar.

En cuanto a los procedimientos privados, conviene recordar que los derechos fundamentales, según su tradicional finalidad de imposición de límites al poder estatal, solo rigen de forma inmediata las relaciones entre el Estado y los ciudadanos²¹, y conforme al art. 53.1. CE los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I «vinculan a todos los poderes públicos». Por otra parte, no se ignora el movimiento creciente que aboga por la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares²², lo que ya ha encontrado algún soporte en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en cuanto a algunas perspectivas de las relaciones laboral y asociativa²³.

De cualquier forma, la observancia del derecho a no autoincriminarse entre particulares dependerá aquí, en gran medida, tanto de la delimitación del contenido y alcance de la garantía como de su eficacia horizontal (*Drittwirkung*)²⁴.

La libertad de autoincriminación se manifiesta por los derechos que titulariza el investigado criminal a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). Dado que ello encuentra sus orígenes en la transformación del estatus del acusado en el proceso penal –de mero objeto de prueba a un auténtico sujeto de derechos²⁵–, estamos aquí esencialmente ante una declaración de respeto por la dignidad de la persona humana²⁶, además de una manifestación concreta del derecho a la presunción de inocencia²⁷. Pero también los derechos de la personalidad

²⁰ Especialmente JULIA PIJOAN, «Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas», *RVDPA*, (3), 2021, pp. 371 ss. En sentido similar, NIEVA FENOLL, *Jueces para la Democracia*, (86), 2016, p. 85.

²¹ KINGREEN/POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, 2020, nm. 238; JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2020, Art. 1, nm. 48, con referencia a la decisión BVerfGE 148, 267, nm. 32.

²² Cf. DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 5ª ed., 2021, pp. 140 ss.

²³ Especialmente en relaciones laborales, véase: STC (Sala Segunda) 1/1998, de 12 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998); STC (Sala Segunda) 140/1999, de 22 de julio (BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999); STC (Sala Segunda) 224/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2000); STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio de 2000 (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000); STC (Sala Primera) 55/2004, de 19 de abril de 2004 (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004); STC (Sala Primera) 5/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007); etc. En cuanto a las relaciones internas de las asociaciones: STC (Sala Segunda) 218/1998, de 16 de noviembre de 1998 (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1998); STC (Sala Segunda) 56/1995, de 6 de marzo de 1995 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995); STC (Sala Segunda) 104/1999, de 14 de junio de 1999 (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999); etc.

²⁴ Con más detalles, DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2021, pp. 140 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, 7ª ed., 2019, pp. RB-5.3 ss.

²⁵ STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 6; ASENSIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 249 ss.

²⁶ BVerfG, *NStZ*, 1984, p. 82; BGHSt 5, 332 (333); ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, p. 199; ROGALL, «136a», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, t. II, 5ª ed., 2016, nm. 3.

²⁷ STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 6; STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), FJ 5; STC (Sala Primera) 18/2005, de 1 de febrero (BOE

(art. 18 CE) y el principio del Estado de Derecho (art. 1 CE) legitiman la libertad de autoincriminación²⁸. Lo que importa por ahora es tener claro que una violación a esta libertad conlleva en el derecho español la ilicitud de la obtención de la declaración y, por consiguiente, la exclusión de la prueba en el proceso, según el art. 11 LOPJ²⁹.

Cabe resaltar que la doctrina del Tribunal Constitucional no restringe la presunción de inocencia y la garantía a no autoincriminación únicamente al proceso penal y las ha extendido también a otros tipos de actividad administrativa sancionadora³⁰. Ello no permite concluir sin más que también despliegan su eficacia en las relaciones entre particulares³¹, pues el campo de aplicación natural de los derechos fundamentales de defensa es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador), razón por la cual ya se dictaminó que la presunción de inocencia no puede alegarse *prima facie* en el ámbito de las relaciones laborales³². Por otro lado, en cuanto al ámbito de protección de la libertad de autoincriminación, no se puede ignorar que el deber laboral de rendir cuentas tiene un carácter contractual, distintamente del deber legal de colaboración inherente a muchos procedimientos públicos de naturaleza sancionadora. Esta observación se relaciona bien con la jurisprudencia que rechaza la aplicabilidad del derecho a no declarar contra sí mismo en el proceso laboral³³.

Los argumentos en favor de una eficacia horizontal de la libertad de autoincriminación se han refinado sucesivamente, sobre todo para abarcar las investigaciones internas. De ahí que se ponga de relieve precisamente la necesidad de garantizar una mínima igualdad de armas en favor del trabajador, que le permita fácticamente contraponerse a la concentración de poder de la empresa³⁴. Este argumento efectivamente ha llamado la atención, sobre todo después de que la jurisprudencia más resistente sobre el tema ha comenzado a seguir este camino. El Tribunal Constitucional Federal alemán, tradicionalmente más conservador que su homólogo español, ha empezado a admitir la posibilidad de exigir a las empresas el respeto de ciertos derechos fundamentales, cuando estas pasen a ocupar una posición dominante comparable a la del Estado³⁵.

núm. 53, de 3 de marzo de 2005), FJ 2; STC (Sala Primera) 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), FJ 3; STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), FJ 4.

²⁸ BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, p. 99; ROGALL, «136a», en *SK-StPO*, t. II, nm. 3s. Con relación al principio del Estado de Derecho, véase: BVerfGE 56, 37 (43), BVerfGE 38, 105 (113). En cuanto a los derechos generales de personalidad, BVerfGE 56, 37 (41) ss.; BVerfGE 95, 220 (241).

²⁹ Cf. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, 2019, p. RB-14.4.

³⁰ A propósito del tema, la reciente STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021).

³¹ Según la STS 349/2013, Penal, de 19 de abril (ECLI: ES:TS:2013:2098), ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibañez), FJ 1, el *nemo tenetur* «solo juega en las relaciones directas con autoridades como la judicial o la policial». En el mismo sentido, la ATS, Penal, 632/2018, de 12 de abril (ECLI: ES:TS:2018:6658A), ponente: Manuel Machena Gómez, FJ 1; cf. TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, pp. 149 s.

³² Véase la STC (Sala Primera) 30/1992, de 18 de marzo (BOE núm. 87, de 09 de abril de 1992), FJ 7; además de la STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000), FJ 2; y STC (Sala Primera) 186/2000, de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000), FJ 10.

³³ Por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana 661/2016, Social, de 22 de marzo (ECLI: ES:TSJCV:2016:2031), FJ 2 4.; cf. TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, p. 155.

³⁴ ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 266; JULIÀ PIJOAN, *RVDPA*, (3), 2021, p. 342, con referencia a la STS 489/2018, Penal, de 23 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3754), ponente: Antonio del Moral García, FJ 14.

³⁵ BVerfGE, *NJW*, 2020, p. 300, nm. 88 – Derecho al Olvido I; cf. BVerfGE 148, 267, nm. 33; BUMKE/VOßKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, 8ª ed., 2020, nm. 210 s.; JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth GG*, 2020, Art. 2, nm. 57.

Sin embargo, es preciso aquí adoptar una posición de cautela. Primero, porque la reciente evolución jurisprudencial todavía es muy centrada en el desarrollo del derecho al olvido en un contexto de la era digital en el que pocas empresas han dominado la circulación de la información. Segundo, sigue siendo necesario reflexionar sobre el sentido liberador original de la libertad de autoincriminación para que no adquiera un sentido completamente distinto entre privados, generando consecuencias indeseables³⁶. Después de todo, una trasposición del derecho al silencio al ámbito laboral facultaría al trabajador a incumplir legítimamente sus deberes legales o contractuales, deteriorando de modo significativo la seguridad jurídica de las relaciones de empleo³⁷. Tercero, cabe aquí recordar que no se puede confundir el rango constitucional de la libertad de autoincriminación con el contenido del instituto jurídico, cuyo consenso aún no se ha alcanzado en la doctrina con respecto a su ámbito de protección³⁸. Hasta aquí, lo único incontestable es el concepto protector de la libertad de autoincriminación, que regula la relación Estado-ciudadano en el marco de interrogatorios realizados por autoridades en procedimientos penales³⁹ o sancionadores⁴⁰. Por todo ello, las divergencias que permean el contenido de la libertad de autoincriminación recomendarían buscar una solución metodológicamente más conservadora⁴¹. A pesar de su indiscutible desarrollo, un enfoque basado en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales todavía no resulta suficientemente sólido.

Ello explica que hasta ahora haya prevalecido la concepción de que los derechos fundamentales de defensa no operan efectos inmediatos entre privados⁴². En este sentido, con respecto de la libertad de autoincriminación, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia n.º 489/2018 –si bien como *obiter dicta*–, ha manifestado que «por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable –con algún matiz–, y en

³⁶ Cf. Díez-PICAZO, «Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. I, 2012, p. 149.

³⁷ MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270.

³⁸ Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 9; BUCHHOLZ, *Der nemo-tenetur-Grundsatz*, 2018, p. 5; EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, p. 2. Acerca de la concepción estrictamente procesal del *nemo tenetur* que predomina en Europa, véase GOENA VIVES, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa», *RECPC*, (23-22), 2021, p. 12.

³⁹ ASENCIO GALLEGOS, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 249 ss.; cf. KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *JuS*, (1), 2014, p. 19 s.; ROGALL, «136a», en *SK-StPO*, t. II, nm. 6; TRÜG, «Unternehmen als Beschuldigte - nemo tenetur?», *StV*, (11), 2020, p. 782.

⁴⁰ STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 7; STC (Sala Segunda) 74/2004, de 22 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004), FJ 2; STC (Sala Primera) 272/2006, de 25 de septiembre (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 2006), FJ 3; STC (Sala Primera) 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), FJ 3; STC (Sala Segunda) 54/2015, de 16 de marzo (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015), FJ 7; STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), FJ 4. En el ámbito europeo, véase S TEDH *Saunders v. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996 (solicitud 19187/91), § 74; *I.J.L. y otros v. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2000 (solicitudes 29522/95, 30056/96 y 30574/96), § 82 y 83; *Funke v. Francia*, de 25 de febrero de 1993 (solicitud 10828/84); *J.B. v. Suiza*, de 3 de mayo de 2001 (solicitud 31827/96); y *Shannon v. Reino Unido*, de 6 de abril de 2004 (solicitud 67537/01).

⁴¹ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 15; cf. ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 253.

⁴² A propósito de ello, la STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de los que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del estado en el castigo nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una o otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría».

general, derecho a un proceso con todas las garantías)»⁴³. A pesar de la claridad de la regla general –es decir, que el derecho a no autoincriminarse no afecta a las relaciones entre particulares y que tales declaraciones inculpativas pueden valorarse en el proceso–, «algún matiz» podría justificar una excepción en favor de una eficacia irradiante. Merece la pena intentar determinar ese matiz.

De hecho, se ha considerado necesario recurrir excepcionalmente a una cierta eficacia entre particulares del derecho a no autoincriminarse. Pese a la posición que sostiene la eficacia horizontal cuando el particular obtiene la prueba como resultado de una infracción penal⁴⁴, ha prevalecido en la doctrina procesal penal una interpretación más restrictiva. Precisamente, para el supuesto en que un particular obtiene una declaración autoinculpativa, no solamente por métodos prohibidos por la ley procesal penal, sino, en especial, mediante una violación extrema de la dignidad humana del interrogado –como con el empleo de tortura o a través de un encarcelamiento⁴⁵–. De ahí que un menoscabo de tal magnitud a la dignidad humana –de gravedad análoga a la lesión del núcleo esencial de la libertad de autoincriminación– debe justificar la consecuencia procesal de prohibir el uso de la declaración, según una aplicación analógica del art. 11 LOPJ⁴⁶ y sin perjuicio de la infracción penal de ahí resultante.

Todo ello, asimismo, es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el que los elementos de cargo (ya sean confesiones o pruebas materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura no deben ser admisibles como prueba de la culpabilidad del acusado⁴⁷. Incluso más recientemente, en el caso *Ćwik c. Polonia*, de 5 de febrero de 2021⁴⁸, el Tribunal de Estrasburgo confirmó que esta jurisprudencia es igualmente aplicable a las pruebas obtenidas por particulares como resultado de los malos tratos prohibidos por el art. 3 CEDH. Así pues, únicamente una violación extrema a la dignidad de la persona humana puede justificar la eficacia directa de la libertad de autoincriminación entre particulares.

5. Prohibición probatoria de la declaración autoinculpativa

A partir de lo expuesto, se llega a un resultado intermedio, según el cual el deber del empleado de rendir cuentas de los hechos relacionados a su ámbito de trabajo inmediato continua siendo exigible en ámbito laboral, por lo que la declaración autoinculpativa del empleado –realizada durante la entrevista con el empresario y bajo la amenaza de despido– no conlleva directamente

⁴³ STS 489/2018, Penal, de 23 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3754), ponente: Antonio del Moral Garcia, FJ 14.

⁴⁴ JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, pp. C102 s.; EL MISMO, «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC», *StV*, (1), 2009, p. 45.

⁴⁵ Esto se daría, según el ejemplo de BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, pp. 377 s., en el caso del marido de una víctima asesinada que arranca la confesión del agresor mediante tortura. Véase también SCHMITT, *Meyer-Göfner/Schmitt StPO*, 64ª ed., 2021, 136a, nm. 3; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, pp. 191 s. Por otro lado está la propuesta de JAHN, lo cual aboga por una eficacia horizontal de la libertad de autoincriminación en el caso de ilícito penal en la obtención de pruebas por parte de particulares, cf. JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45; EL MISMO, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C102.

⁴⁶ En el sentido de una aplicación analógica de las reglas de exclusión probatoria, cf. MENDE, *Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat*, 2000, p. 245; BGH, *NStZ*, 1999, p. 150.

⁴⁷ STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006 (solicitud 554810/00), § 99; en el mismo sentido, SSTEDH *Göçmen c. Turquía*, de 17 de octubre de 2006 (solicitud 72000/01), § 74; *Harutyunyan c. Armenia*, de 28 de junio de 2007 (solicitud 36549/03), § 63.

⁴⁸ STEDH *Ćwik c. Polonia*, de 5 de febrero de 2021 (solicitud 31454/10), § 89.

una violación del derecho a la no autoincriminación. Así, se considera lícita la obtención de la declaración por el empresario, salvo que fuera resultado de una violación extrema de la dignidad humana del empleado. Independientemente de su tipificación penal, esta hipótesis extrema justificaría la eficacia de la libertad de autoincriminación entre particulares y, como consecuencia de su violación, la prohibición del uso de la prueba en el proceso (art. 11 LOPJ). Luego, sería cuestionable si, más allá de una violación extrema a la dignidad humana, los resultados de las investigaciones internas –específicamente las declaraciones autoincriminatorias del empleado– pueden utilizarse como prueba en el proceso penal.

Hasta aquí la duda se mantiene prácticamente intacta. Aparte de una situación extrema, la libertad de autoincriminación del empleado no prevalece sobre el legítimo interés del empresario de obtener informaciones sobre el ámbito de trabajo inmediato de su empleado. Pero una cosa es la legitimidad de exigir la declaración del empleado para fines civiles o laborales, y otra es su utilización en el proceso penal⁴⁹. Pues, aun cuando la declaración autoincriminatoria se produzca legítimamente en la relación laboral, de ello no puede inferirse la posibilidad de su utilización en el proceso penal.

A este propósito, cabe fijar que «solo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio»⁵⁰. Luego, de la declaración del empleado en la empresa no se puede extraer directamente ningún valor probatorio⁵¹. Por eso, las autoridades suelen incorporar los resultados de la investigación privada en el procedimiento penal con arreglo a un medio de prueba válido, bien aportando el acta de la entrevista o la respectiva grabación audiovisual, o bien requiriendo el testimonio de los investigadores privados.⁵² Es, en este sentido, que se discutirá aquí la utilización o el aprovechamiento procesal de la entrevista del empleado.

Aun así, procede establecer límites a la utilización de estas declaraciones, so pena de estimularse un panorama favorable a la privatización desregulada de la persecución penal y a un método de investigación suficientemente conveniente a eludir los derechos de defensa⁵³. De manera que a continuación se investigará cómo una posible elusión de la libertad de autoincriminación – legítima en su origen desde un punto de vista del derecho laboral– puede proyectar efectos sobre el proceso penal. El debate se centra ahora completamente en un marco normativo más homogéneo, es decir, en la intersección entre los derechos fundamentales y el derecho procesal

⁴⁹ De modo similar, subrayándose la distinción en la valoración de informaciones entre los derechos laboral y procesal penal, la STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio de 2000 (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000), FJ 2; y la STC (Sala Primera) 186/2000, de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000), FJ 10: «En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 CE, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador».

⁵⁰ STS 980/2016, Penal, de 11 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:16), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 2 B.

⁵¹ cf. PRIETO GONZÁLEZ, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, pp. 1114 s.

⁵² Cf. AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, (2), 2020, pp. 289 s.

⁵³ Al revés de circunvalación, cf. NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 11, se prefiere aquí el término elusión para referirse a la acción y efecto de evitar con astucia la obligación jurídica.

penal. Pues es ahí donde se originan y evolucionan las ideas clave de los derechos de defensa y de las prohibiciones probatorias como garantía de los derechos fundamentales.

Teniéndose en cuenta este contexto, distintas propuestas llevarían a la prohibición de utilización de las confesiones delictivas del empleado en el proceso penal⁵⁴. Entre las dos principales, se señala la que se fundamenta en una violación al derecho a un proceso equitativo (5.1) y la que se basa en la imputación al Estado de la violación a la libertad de autoincriminación por el particular en una investigación interna (5.2).

5.1. Juicio de ponderación con fundamento en el derecho a un proceso equitativo

Hay que considerar inicialmente la propuesta que, dejando de lado el derecho a la no autoincriminación, sustenta las prohibiciones probatorias directamente a partir de una violación al derecho fundamental a un juicio justo o proceso equitativo (art. 24.2 CE y art. 6 CEDH).

Según sus defensores, su gran ventaja radicaría justamente en la estructura normativa del derecho a un juicio justo, el cual funcionaría mucho más como un principio ponderable que como una regla rígida⁵⁵. De donde resulta que este derecho, funcionando como un mandato de optimización, podría conjugar mejor los intereses contrapuestos⁵⁶. Es decir, ello le permitiría adaptarse mejor al caso concreto –a través de la conocida técnica de ponderación– para proporcionar una solución materialmente más justa, tomándose en cuenta tanto los intereses afectados –incluso de terceros– como las circunstancias que puedan llevar a eludir la libertad de autoincriminación o la reducción de los derechos de defensa⁵⁷. En particular, el juicio de ponderación debe basarse ordinariamente sobre el valor o gravedad del acto ilícito, su trascendencia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la idea de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio⁵⁸.

Sin embargo, para que se verifiquen los estándares exigidos de un proceso equitativo, incluso por influjo de la jurisprudencia del TEDH, se hace necesario valorar el proceso globalmente⁵⁹. En este contexto, ha sido justamente la integridad del proceso penal, como proceso equitativo y justo, la que ha subsidiado el juicio ponderativo en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba ilícita⁶⁰. De donde se infiere que las prohibiciones probatorias –resultantes de vulnerar la garantía del proceso debido del art. 24.2 CE– se destinarían a restaurar la justicia procedimental,

⁵⁴ Cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 68; NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* p. 255. Más allá de las dos que se presenta en este artículo, debería mencionarse aun la existencia de una propuesta inspirada en los principios de la sentencia del deudor fallido (*Gemeinschuldner*) del Tribunal Constitucional Federal alemán. Pero que aquí no se analizará, dado que ella no ha sido acogida ni siquiera en el derecho alemán. Más detalladamente, cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 11 ss.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 251 ss.

⁵⁵ Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 9.

⁵⁶ KNAUER/GAUL, «Internal investigations und fair trial - Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *NStZ*, (4), 2013, p. 193.

⁵⁷ WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, p. 321.

⁵⁸ EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, 2015, p. 87.

⁵⁹ ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 259 con referencia a la decisión STEDH [Gran Cámara] *Ibrahim et al. v. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016 (solicitudes 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09), § 251.

⁶⁰ STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), FFJJ 3.B.a, 4.b («Lista Falciani»).

o sea, el equilibrio y la igualdad de las partes, además de disuadir órganos públicos y particulares de practicar violaciones a los derechos fundamentales⁶¹.

Este enfoque, aunque sugerente, no resulta plenamente convincente. Pese a que el proceso equitativo y su juicio de ponderación funcionen como un argumento teórico relevante en favor de la exclusión probatoria, se observa, por otro lado, que en la práctica ellos han servido mucho más para justificar la admisibilidad de la prueba⁶². Después de todo, no ha de olvidarse que ha sido por medio de la técnica de ponderación que la jurisprudencia ha favorecido la idea del funcionamiento efectivo del sistema de justicia criminal (interés público en la obtención de la verdad), tal como cuando incorpora a la regla de exclusión las excepciones de buena fe, fuente independiente o de la conexión atenuada⁶³. Por todo ello se considera que incluso las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares (por ejemplo, mediante robo o utilizando métodos prohibidos por la ley procesal) son en general admisibles en el proceso penal, puesto que la regla de exclusión solo tiene sentido como elemento de disuasión frente a los abusos del Estado en la investigación criminal⁶⁴.

De hecho, esta comprensión ha sido definitivamente incorporada a la jurisprudencia española en el caso Falciani, a partir del cual se admitió la valoración en el proceso penal de una fuente de prueba obtenida ilícitamente por un particular, con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas⁶⁵. A la vista de que, hasta entonces, la mayoría de las decisiones seguían una línea completamente distinta –es decir, en el sentido de excluir «la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales»⁶⁶– no ha sido en vano que el giro jurisprudencial haya causado una cierta perplejidad en la doctrina⁶⁷.

⁶¹ STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), FJ 2.c.

⁶² Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, pp. 177 s.

⁶³ Cf. BACHMAIER WINTER, «Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, 2013, p. 217; cf. AGUILERA MORALES, «Regla de Exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER WINTER (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, 2008, pp. 105 s.; acerca de la neutralización de las prohibiciones probatorias en el derecho alemán, cf. GRECO, «Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots», en STEIN/GRECO/JÄGER/WOLTER (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall*, 2018, pp. 509 ss.; en cuanto al derecho estadounidense, POUCHAIN, *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*, 2020, pp. 87 ss.

⁶⁴ Cf. STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6; MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero.», *InDret*, (3), 2018, p. 19.

⁶⁵ STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6, avalada por el Tribunal Constitucional en la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), que serán estudiadas con más detalles en la subepígrafe “c” del subtítulo 5.2.

⁶⁶ Cf. STS 239/2014, Penal, de 1 de abril (ES:TS:2014:1741), ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca; STS 569/2013, Penal, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2013:569), ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibañez; y STS 1066/2009, Penal, de 4 de noviembre (ES:TS:2009:7129), ponente: José Antonio Martín Pallín.

⁶⁷ Entre otros, cf. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», *Diario La Ley*, (8974), 2017, pp. 1 ss.; MOSQUERA BLANCO, *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.; ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, (9499), 2019, pp. 1 ss.

Con ello queda claro que la vaguedad de los criterios rectores del juicio de ponderación ha llevado a la jurisprudencia a conclusiones contradictorias y, sobre todo, imprevisibles⁶⁸. De manera que se presenta preferible la búsqueda de otro fundamento, el cual pueda justificar una prohibición probatoria directamente a causa de una vulneración de los derechos fundamentales, aquí manifestada por la libertad de autoincriminación⁶⁹. Ello permitiría también comprender mejor los resultados alcanzados por la doctrina Falciani.

5.2. Imputación al Estado de los resultados de la investigación privada

Para considerar una prohibición probatoria es necesario ir más allá de los planteamientos anteriores y examinar hasta qué punto se puede atribuir al Estado el resultado de las investigaciones internas. A diferencia de la propuesta de la eficacia entre particulares del *nemo tenetur*, la presente propuesta pretende basarse tanto en el contenido consensuado de la libertad de autoincriminación como en su indiscutible ámbito de protección. De donde se infiere que, si se puede vincular al Estado la coacción privada que resulta en el testimonio autoincriminación, la relación original de derecho privado entre empleado y empleador se convertiría en una relación jurídico-pública sometida a los efectos clásicos de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la libertad de autoincriminación se emplearía directamente, según su tradicional ámbito de protección (art. 24.2. CE) y, enseguida, las disposiciones del art. 11 LOPJ para prohibir la utilización de la entrevista como consecuencia de su vulneración.

Después de constatarse la coacción en desfavor de los empleados en las entrevistas de las investigaciones internas, ha de cuestionarse cómo justificar la imputación de los resultados de la investigación interna al Estado –aquí, una autoincriminación forzada por la acción privada–.

a. Fundamento general de la imputación procesal penal

La libertad de autoincriminación se vería afectada siempre que la actividad de investigación privada sea atribuible al Estado. La teoría de la imputación se legitima esencialmente en la idea de evitar que se eluda el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales, definida por el Tribunal Federal de Justicia alemán como «el proceder que utiliza una vía que no está expresamente prohibida, pero que alcanza un resultado que la ley desaprueba»⁷⁰. A este respecto, frente a un caso de elusión de una norma, deben aplicarse las mismas consecuencias que corresponden a su violación⁷¹.

En este sentido, los esfuerzos de la doctrina continental europea por desarrollar soluciones, según una teoría de imputación, son prometedores⁷², aunque todavía no hay consenso sobre qué

⁶⁸ Cf. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 2017, nm. 367; EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, 2015, p. 91; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 10.

⁶⁹ ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 260.

⁷⁰ En la decisión de la trampa de la escucha (*Hörfallen*), cf. BGHSt (GrS) 42, 139 (148) = *NJW*, 1996, p. 2941, en cuyo caso la policía indujo al acusado a hacer una declaración autoinculpatória en una entrevista fuera de un interrogatorio formal mediante una conversación telefónica escuchada en secreto entre él y una persona privada. Acerca del tema, véase también BGHSt 38, 214 (226).

⁷¹ Cf. BGH, *NStZ*, 1996, p. 202 acerca de la elusión de la advertencia sobre el derecho al silencio.

⁷² Cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, pp. 70 ss.; PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 755; REBB, *Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, 2011, pp. 7 ss.; KASPAR, «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *GA*, 2013, pp. 214 ss.; ZERBES,

criterios serían decisivos para una imputación⁷³. Entre ellos se encuentran los modelos de atribución del derecho penal sustantivo, sobre todo los de causalidad, imputación objetiva o autoría y participación. E incluso se han llegado a invocar figuras del derecho administrativo para evitar una «huida hacia el derecho privado»⁷⁴. Estos diferentes enfoques de imputación pueden, en efecto, proporcionar ideas para una imputación procesal penal. Sin embargo, estas construcciones a menudo no van más allá de los fundamentos ya tomados en cuenta por la jurisprudencia sobre la imputación de hechos al Estado⁷⁵.

Desde su génesis, la construcción de la imputación se conformó de tal modo para abarcar la conducta *ilícita* de los particulares⁷⁶. A finales de los años ochenta, el Tribunal Federal de Justicia alemán ya había reconocido un criterio de imputación, concretamente en el caso de investigadores privados que actuaban *en nombre* de las autoridades investigadoras⁷⁷. Posteriormente, este razonamiento fue reforzado en el caso de la *vidente*⁷⁸, cuando se discutió sobre la utilización de las declaraciones autoinculpatorias realizadas por una acusada a su compañera de prisión preventiva, la cual actuaba *por encargo* de las autoridades policiales. El tribunal se pronunció en el sentido de aplicar, por analogía, el derecho fundamental a no autoincriminarse. En síntesis, el motivo principal, brindado por la jurisprudencia alemana a fin de justificar la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las pruebas recolectadas por investigadores privados, ha sido la existencia de un *encargo deliberado* o circunstancia análoga, a partir del cual el particular se convierta en un *instrumento* de los órganos de persecución penal⁷⁹. Esta comprensión fue incorporada posteriormente por la jurisprudencia española⁸⁰. En el caso Guateque, el Tribunal Supremo español entendió que el particular también había actuado

«Unternehmensinterne Untersuchungen», *ZStW*, (3), (125), 2013, pp. 565 ss.; ANDERS, *wistra*, (9), 2014, pp. 333 s.; KASISKE, «Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen - Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren», *NZWiSt*, (7), 2014, pp. 267 s.; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 12 ss.; ROGALL, «Vor § 133», en *SK-StPO*, t. II, nm. 140; KOTTEK, «Unternehmensinterne Compliance-Ermittlungen», *wistra*, (1), 2017, pp. 14 ss.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 237 ss.

⁷³ Cf. NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 128; BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, 2021, p. 87.

⁷⁴ Con relación a particulares contratados como asistentes administrativos (*Verwaltungshelfer*), véase: EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, pp. 87 ss.; WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 246 s.; STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt“ das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, 2016, pp. 270 ss.; en general sobre la figura aludida, MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 2021, Art. 1 Abs. 3, nm. 101; MAURER/WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 23, nm. 61 ss.

⁷⁵ HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden*, 2020, p. 201. Crítico a esto, JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45, que no se ha convencido de los principios de la jurisprudencia.

⁷⁶ JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, pp. C100 ss.

⁷⁷ A propósito de ello, la decisión de la celda de detención, cf. BGHSt, 34, 362 (364) = *NJW*, 1987, p. 2526, en cuyo contexto se debatió si las declaraciones autoinculpatorias de un acusado a investigadores privados encubiertos constituyen una violación del principio del *nemo tenetur*. Cf. JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; ROGALL, «§ 136a», en *SK-StPO*, t. II, nm.12; BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, pp. 379 ss.

⁷⁸ BGHSt 44, 129 (133 ss.) = *NStZ*, 1999, pp. 149 ss., en el que una *vidente*, condenada a varios años de cárcel por delito de drogas, prometió a sus compañeras de celda que utilizaría sus poderes mágicos para influir en las autoridades a fin de que las absolviesen o redujesen la condena.

⁷⁹ Cf. BGHSt 33, 217 (224). En cuanto al derecho estadounidense, el fundamento de atribución toma forma en la doctrina de la *state action*, abordada en la subepígrafe “b” del subtítulo 5.2, cf. ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 13.

⁸⁰ Cf. STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico (...), ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado».

como «un verdadero instrumento» de los agentes de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación con el acusado⁸¹.

Desde otro punto de vista, hay autores que suponen una conexión –al menos indirecta– de la contribución privada al esclarecimiento de los hechos con la actividad estatal de investigación de los delitos, cuando los particulares actúan con la motivación de obtener una atenuación de responsabilidad penal⁸². Esa opinión, aunque respetable, no es la más coherente. No se puede ignorar que informantes y colaboradores también cooperan con las autoridades policiales para obtener recompensas penales y, en estos casos, la imputación al Estado no se justifica, en definitiva, solo por la simple cooperación⁸³. A fin de que la conducta privada se atribuya al Estado en tales circunstancias, las acciones de este último deberían estar también motivadas por el deseo de obtener resultados de investigación eludiendo las garantías que limitan las actividades de investigación y enjuiciamiento; lo que no se deduce de la mera existencia de las normas de recompensas penales⁸⁴. Por lo que, según la jurisprudencia comparada sobre este grupo de casos, la sola cooperación entre particulares y autoridades investigadoras no es suficiente para sustentar la imputación al Estado de la actuación privada⁸⁵. Un encargo a este aspecto presupone que las autoridades estatales induzcan al particular a realizar determinadas medidas investigativas, que sean más o menos específicas en un caso individual. Lo decisivo es finalmente que la naturaleza y el alcance de la influencia estatal determinen cómo la investigación privada debe concretamente desarrollarse. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando las autoridades participan en la etapa de planificación o ejercen una influencia mediata, controlando o dirigiendo al investigador privado que actúa en términos concretos⁸⁶.

b. Criterios de imputación en las investigaciones internas

Hechas estas consideraciones generales, cabe ahora analizar cómo podría adaptarse lo anterior a la realidad de las investigaciones internas. Como la idea de imputación se ha desarrollado para prohibir la utilización de pruebas *ilícitamente* obtenidas por particulares, ello no serviría en un primer momento para limitar el aprovechamiento estatal de los resultados de las investigaciones internas. A la postre, esas corresponden a una actuación lícita de las empresas⁸⁷ y son producto del régimen de autorregulación regulada de las personas jurídicas, según el art. 31 *bis* y ss. CP⁸⁸.

⁸¹ STS 311/2018, Penal, de 27 de junio (ES:TS:2018:2290), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 1.7 («caso Guateque»).

⁸² COLOMER HERNÁNDEZ, *Diario La Ley*, (9080), 2017, p. 14; ALCÁCER GUIRAO, «Retos para el Compliance Penal: Barbulescu, Falciani y el Reforzamiento de Garantías en el Proceso Penal», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/J. BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, p. 43.

⁸³ Cf. ORTIZ, «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *RBDPP*, (3), (1), 2017, pp. 53 ss.; NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 132.

⁸⁴ Cf. ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren*, 2013, p. 158.

⁸⁵ Cf. BGHSt 42, 139 = *NJW*, 1996, p. 2940.

⁸⁶ ECKHARDT, *Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung*, 2009, pp. 116 ss.

⁸⁷ En el sentido de que las investigaciones internas corresponden a una actuación privada lícita, véase ANDERS, *wistra*, (9), 2014, p. 333.

⁸⁸ Cf. COCA VILA, «¿Programas de compliance como autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 51 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, p. 1106; AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, pp. 273 ss.

Por otro lado, la obtención de prueba por parte de la empresa, inicialmente legítima, puede convertirse en prohibida si puede vincularse a una actividad del Estado. La confluencia público-privada de la investigación es idónea para accionar el mecanismo de protección de los derechos fundamentales, comprobándose así si los derechos han sido vulnerados y, consecuentemente, si la prueba se ve alcanzada por la regla de exclusión (art. 11 LOPJ).

Dicho lo anterior, interesa observar el panorama del derecho estadounidense, donde se cuenta con una amplia experiencia en materia de investigaciones corporativas. Allí se reafirma la posición de que la sentencia *Garrity v. New Jersey*⁸⁹ también debería reglar las entrevistas con empleados en las investigaciones internas, sobre todo que las declaraciones bajo amenaza de despido han de definirse como involuntarias⁹⁰. Siguiendo este punto de vista, la jurisprudencia menor de aquel país ya decidió que ese precedente puede aplicarse con igual fuerza a la conducta privada en una investigación corporativa que sea *adecuadamente atribuible* al Estado⁹¹. En otras palabras, se considera acción del Estado (*state action*) tanto la conducta de los órganos públicos, como la conducta del particular que es atribuible a las autoridades públicas⁹².

Ello explica que la doctrina se haya esforzado en encontrar circunstancias equiparables, que permitan desarrollar criterios de imputación orientados hacia las investigaciones internas corporativas⁹³. Lo que hace falta es identificar cuándo debe considerarse a la empresa como un instrumento o *brazo extendido* del Estado⁹⁴ y, en consecuencia, a la entrevista del empleado como realizada *por encargo* de las autoridades estatales.

Algunos autores españoles han basado sus propuestas de solución en el hecho de que la investigación interna responda al cumplimiento de normas abstractas, de las que derivaría un deber de llevar a cabo una investigación interna. De seguirse tal línea de pensamiento, los programas de cumplimiento reglados en el Código penal español deberían entenderse como una «alianza estratégica» entre la empresa y el Estado, en la que la persona jurídica asumiría las funciones de la policía⁹⁵, o bien suponer al menos a una vinculación de las investigaciones internas con las funciones encomendadas a los poderes públicos⁹⁶.

Sin embargo, pese a sus deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades de sus miembros para prevenir delitos, la persona jurídica solo se convierte funcionalmente en un instrumento de las autoridades si estas tienen conocimiento de las actividades investigativas privadas y le permiten actuar con la intención de que reemplacen las propias funciones del

⁸⁹ *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967). Véase en el título 2.

⁹⁰ PATTERSON, «Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and *Brady v. Maryland*», *Colum. Bus. L. Rev.*, (1), 2021, nm. 3; GRIFFIN, «Compelled Cooperation and The New Corporate Criminal Procedure», *N.Y.U. L. Rev.*, (82), (2), 2007, pp. 311 ss.

⁹¹ *U.S. v. Stein (Stein II)*, 440 F. Supp. 2d 315, 326 s. (S.D.N.Y. 2006) con referencia a la decisión *Garrity v. New Jersey*; véase PATTERSON, *Colum. Bus. L. Rev.*, (1), 2021, p. 419 en su nota de pie 3.

⁹² También con respecto de las investigaciones internas, cf. *US. v. Stein (Stein V)*, 541 F. 3d. 130, 152 n.11 (2d. Circ. 2008). Más detalladamente, en ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 238 s.

⁹³ KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 14.

⁹⁴ Cf. VerFGH RhPf, decisión de 24.02.2014 – VGH B 26/13, *NJW*, 2014, p. 1439; VILLEGAS GARCÍA, «Compliance, Protección del Informante e Investigaciones Internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. I, 2018, p. 250.

⁹⁵ ALCÁZER GUIRAO, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, p. 35;

⁹⁶ JULIÀ PIJOAN, *RVDPA*, (3), 2021, p. 343 ss.

Estado⁹⁷. Estas dos condiciones no se reúnen a partir de la sola incidencia del deber jurídico de investigar. Es cierto que los incentivos que tienen las personas jurídicas para colaborar con la investigación de los hechos relacionados a su actividad empresarial hasta pueden dar causa al desarrollo de las investigaciones internas. Sin embargo, esto no supera el límite mínimo señalado por JAHN: la imputación presupone algo más que una mera causación⁹⁸. Y más aún, la presión sobre el trabajador sospechoso resultante de una entrevista solo sería una consecuencia secundaria del sistema de obligaciones e incentivos –es decir, no es resultado de un desprecio deliberado de los derechos fundamentales⁹⁹–. En última instancia, incumbe a la dirección de la propia empresa decidir llevar a cabo una investigación interna y en qué medida¹⁰⁰, además de especificar sobre si y cómo debe entrevistarse a sus empleados.

Sea como sea, dos fundamentos de imputación para las investigaciones internas se han incorporado gradualmente en la doctrina. De acuerdo con ellos, la declaración resultante de la coacción será siempre imputable al Estado, si las investigaciones internas son directamente inducidas por las autoridades investigadoras (*infra* b.1.); o si estas se quedan inertes –con el incumplimiento del principio de legalidad, esto es, del deber de iniciar una investigación oficial– para posteriormente aprovecharse de los resultados de la investigación empresarial¹⁰¹ (*infra* b.2.).

b.1. Inducción estatal de la investigación interna

Fue el caso Siemens del año 2008 el que dio lugar a los primeros esfuerzos de clasificar los interrogatorios de empleados en el marco de las investigaciones internas como medidas *cuasi-estatales* para garantizar la libertad de autoincriminación en el proceso penal¹⁰². Las preocupaciones expresadas por WASTL, LITZKA y PUSCH¹⁰³ tuvieron una importancia especial en este contexto. Estos autores sostenían que la investigación de delitos mediante la incorporación direccionada de personas privadas también podría violar el principio del *nemo tenetur*¹⁰⁴. A la vez que criticaron la permisividad de la jurisprudencia sobre la admisibilidad de las actividades de investigación privadas¹⁰⁵, advirtieron acerca de la creciente privatización de la persecución penal y del riesgo de eludirse los mecanismos de protección constitucional. Esto sería aún más preocupante si el Estado llegara a *inducir* a particulares al ejercicio de actividades de

⁹⁷ Cf. STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt“ das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, 2016, p. 326.

⁹⁸ JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; cf. BGHSt 33, 217 (224).

⁹⁹ Cf. ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren*, 2013, p. 159.

¹⁰⁰ Cf. NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, pp. 236 ss.

¹⁰¹ La sistematización de estos criterios se inició por KOTTEK, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, 2012, pp. 134 ss., 143 ss. con respecto al aprovechamiento, así como pp. 150 ss. acerca de la inducción y luego fue aclarada con mayor precisión por GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 7 ss.; cf. ROGALL, «Vor § 133», en *SK-StPO*, t. II, nm. 140.

¹⁰² DANN/SCHMIDT, «Im Würdegriff der SEC? Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit», *NJW*, (26), 2009, p. 1852, con referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones del segundo circuito, *U.S. vs. Stein* [541 F.3d 130 (2d Cir. 2008)]; cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 42; KNAUER/BUHLMANN, *AnwBl*, (6), 2010, p. 390; cf. MÜNDEL, *Mitarbeiteroffenbarungen im Strafprozess*, 2014, pp. 106 s.

¹⁰³ WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, pp. 68 ss.

¹⁰⁴ WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70.

¹⁰⁵ Acerca de los colaboradores, entre otras, BVerfGE 57, 250 (284); BGHSt 32, 150; 40, 211 (215); acerca de la trampa de la escucha, BGHSt 42, 139, también aquí acertadamente respecto a que el sentido y la finalidad de la advertencia sobre el derecho al silencio radica solamente en resguardar al investigado de la creencia de que existe un deber de declarar, que puede emerger por razón de un pedido oficial de información.

investigación de hechos delictivos¹⁰⁶. Posteriormente, GRECO y CARACAS¹⁰⁷ definieron la inducción, caracterizándola como una *influencia activa* de los órganos de persecución sobre la empresa para el desarrollo de las investigaciones internas. En suma, se consideró que el ejercicio de esta influencia traería consigo un carácter implícito de amenaza de punición, de manera que hasta una solicitud no vinculante de informaciones concretizaría una presión de hecho sobre la empresa¹⁰⁸.

b.2. *Espera ilícita para aprovechamiento de los resultados*

Por otra parte, JAHN¹⁰⁹ y PFORDTE¹¹⁰ fueron los primeros en afirmar que igualmente debería prohibirse el uso de pruebas si las autoridades estatales sacan provecho de la iniciativa de las empresas para investigar y reducen sus propios esfuerzos investigativos, con la principal finalidad de utilizar los hallazgos de los investigadores privados¹¹¹. Pese a no iniciar su propia investigación, las autoridades mantienen la intención de acceder a los resultados de la investigación privada; ya sea mediante un testimonio selectivo de investigadores privados o a través de la incautación de las transcripciones de las entrevistas. Por tanto, esta situación debería equipararse a aquella en la que los investigadores privados hubieran actuado por encargo de las autoridades competentes para la investigación penal.

b.3. *Síntesis de los criterios de imputación*

Una imputación que vincule la investigación privada al Estado se muestra evidente en los supuestos en los que hay una clara participación de las autoridades en la acción del particular o en los que el investigador privado recibe un encargo específico de los órganos públicos, actuando fácticamente en su nombre. A continuación, cabe aquí sistematizar los enfoques que se desarrollan por analogía en acuerdo con esta concepción.

En cuanto al primer criterio, la inducción estatal de las investigaciones internas debe equipararse a un encargo deliberado al investigador privado por parte del Estado. Por esta razón, el concepto de inducción presentado *supra* merece una matización. Como regla, la investigación interna no es encargada por las autoridades, sino que la lleva a cabo directamente la empresa, cuya decisión con respecto a su realización no necesita ser espontánea. Asimismo, un encargo deliberado requiere algo más que una mera causación, coincidencia de deseos o una simple inducción¹¹². En cuanto a esa última, es verdad que todas sus formas presuponen un cierto elemento de voluntad de los órganos de persecución penal –a diferencia de la causación–, pero solo algunas en nivel equivalente de encargo deliberado¹¹³, que aquí se denominará *inducción cualificada*.

¹⁰⁶ WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; con otra opinión: JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45; AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, 2010, p. 127.

¹⁰⁷ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 7.

¹⁰⁸ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 13 s.

¹⁰⁹ JAHN, *StV*, (1), 2009, pp. 41 ss.

¹¹⁰ PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, pp. 740 ss.

¹¹¹ PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 755; JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45.

¹¹² KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 13; KÜSTER, *Der rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen*, 2019, p. 235; cf. JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; LENZE, *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte*, 2014, p. 168; SOTELSEK, «Leitlinien für Kooperationen von Staatsanwaltschaften mit privaten Ermittlern», *wistra*, (9), 2020, p. 364.

¹¹³ Cf. KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 14.

De ahí que no resuelve apropiado equiparar a tal encargo (es decir, a una inducción cualificada), la mera solicitud no formal de informaciones direccionada a la empresa por parte de las autoridades investigadoras¹¹⁴. En primer lugar, sin que venga ella acompañada de un carácter conminatorio concreto, no hay por qué presumir eliminada la voluntariedad de la decisión empresarial. Además de ello, considerar una tal solicitud suficiente para una imputación llevaría a un desmedido alargamiento de la teoría, haciendo que los criterios de imputación perdiesen armonía entre sí. Al fin y al cabo, si las autoridades pretendieran cumplir con su deber de investigar mediante una solicitud de información, esto podría, por un lado, obstaculizar la imputación sobre la base de una espera ilícita. Pero, por el otro, permitiría la imputación de una futura investigación interna por inducción. De otra manera, si acaso no se toma iniciativa alguna, debería aplicarse el criterio de atribución basado en la inercia vulneradora del principio de legalidad, a partir del aprovechamiento procesal de los resultados de la investigación interna. Luego, para evitar el círculo vicioso que resulta de un concepto muy amplio de inducción, parece necesario restringirlo de tal modo que la influencia de las autoridades sobre la empresa, además de activa, presuponga una amenaza que, si bien implícita, sea *mínimamente concreta* e idónea a *suprimir la libre voluntariedad* de la decisión corporativa. Es decir, para una imputación hace falta que se trate de una inducción cualificada, por medio de la cual las autoridades infrinjan la ley, mediante la creación de un riesgo no permitido¹¹⁵ –que aquí se representa por su interferencia determinante en la voluntad empresarial–. De esta forma, queda clara la distinción de cuando las autoridades tan solo se atienen al estricto cumplimiento de su deber legal de investigar.

El segundo criterio, el relativo al del aprovechamiento como causa de imputación, se ha comprendido con más precisión a la luz de la necesidad de disuadir a los órganos públicos. En suma, el Estado no debe obtener ventajas de una infracción deliberada de la ley¹¹⁶, de manera que el aprovechamiento de los resultados privados llevará a la atribución siempre y cuando las autoridades investigadoras retrasen el inicio de la investigación oficial en violación del principio de legalidad. En otras palabras, pese a la existencia de una sospecha inicial bastante clara, las autoridades se mantienen inactivas con el fin de posteriormente aprovechar los resultados de las investigaciones internas para sus propios fines¹¹⁷.

c. *La imputación en la doctrina Falciani*

Todavía cabe preguntarse en qué medida los criterios de imputación relacionados con las investigaciones internas pueden adoptarse en el derecho español, tomándose en cuenta especialmente lo dictaminado en la doctrina Falciani¹¹⁸.

¹¹⁴ En sentido contrario, GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13.

¹¹⁵ Más detalladamente sobre la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, cf. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2ª ed., 1997, pp. 365 ss.

¹¹⁶ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 14.

¹¹⁷ GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 14 s.

¹¹⁸ Originada de la STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, y avalada por la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). A propósito del tema con más detalles, COLOMER HERNÁNDEZ, *Diario La Ley*, (9080), 2017, pp. 12 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (8974), 2017, pp. 1 ss.; MOSQUERA BLANCO, *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.; ALCÁCER GUIRAO, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, pp. 33 ss.; LÉON ALAPONT, «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», *RECPC*, (22-04), 2020, pp. 21 ss.; TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, pp. 202 ss.

En este caso, las decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional reconocieron la validez de las pruebas de la Lista Falciani, que contenía información económica de clientes de una entidad bancaria, obtenida por uno de sus trabajadores informáticos tras un acceso no autorizado para su recopilación. En suma, se consideró válida la fuente de prueba obtenida *ilícitamente* por el particular, porque ese lo hizo desconectado de los aparatos del Estado y sin la voluntad de prefabricar pruebas, sino de vender la lista a terceros para lucrarse¹¹⁹. Según esta doctrina, parece ser la acción privada vulneradora de los derechos fundamentales, esencialmente vinculada al ejercicio estatal del *ius puniendi* o al propósito de obtener la prueba en nombre del Estado, lo que se revela determinante para justificar una prohibición probatoria¹²⁰.

Entre esos dos requisitos preponderantes, queda claro que el primero señala, aunque en términos más genéricos, un fundamento de atribución que pretende vincular la conducta particular al Estado para atraer la protección de los derechos fundamentales y la exclusión probatoria. De esto se infiere que la idea de imputación aquí desarrollada se hace plenamente aplicable. En especial, la inducción concretiza una forma de vínculo directo entre el Estado y la conducta particular. En un grado tal que, es verdad, no va tan lejos cuando es evidenciada una actuación conjunta o una efectiva participación del Estado en las investigaciones privadas¹²¹. De modo similar, se ubica ella en una escala aún inferior en comparación a cuando la empresa recibe una orden para investigar por parte de las autoridades¹²² o cuando estas llegan a inmiscuirse en la conducción de las investigaciones¹²³. Por otro lado, la inducción va más allá de la mera cooperación empresarial direccionada a alcanzar las recompensas penales basadas en normas abstractas, dado que proporciona un contenido de enlace orientado en hechos concretos e inapropiados practicados por las autoridades. Por tanto, así se establece un punto de partida genuino para la conexión entre la actividad estatal y la conducta privada.

En otro orden de cosas, el segundo criterio de Falciani, que se relaciona con la voluntad del particular de prefabricar pruebas, tampoco va esencialmente en contra de los criterios de imputación aquí presentados. Para empezar, cabe recordar que el fallo presupone una vulneración de los derechos fundamentales, lo que no puede presumirse *ab initio* en la realización

¹¹⁹ STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6.

¹²⁰ STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría».

¹²¹ Como se extrae del fallo *United States v. Connolly*, no. 16-CR-370 (CM), p. 28, consideró el tribunal federal para el distrito sur de Nueva York, aunque no de manera decisiva para la solución del caso concreto, que el grado de control y dirección ejercido por el Estado sobre el trabajo del estudio jurídico había significado esencialmente que las autoridades dirigían el trabajo, de modo que los investigadores privados actuaban de hecho como sus encargados. Cf. BARTZ/BÖHM/POHL, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *CCZ*, (6), 2019, p. 306; CALDWELL/GRÜTZNER/BARTZ, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *CCZ*, (1), 2020, p. 44.

¹²² WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 246 s.; Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13.

¹²³ DANN/SCHMIDT, *NJW*, (26), 2009, p. 1852; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13. También parece ser el caso cuando las autoridades guían las investigaciones internas para la realización de encuestas selectivas, cf. OTT/LÜNEBORG, «Das neue Verbandssanktionengesetz – Fragen und Auswirkungen für die Compliance-Praxis», *NZG*, (35), 2019, p. 1366; SARTORIUS/SCHMIDT, «Interne Untersuchungen nach dem geplanten Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) - Das Gegenteil von gut ist gut gemeint», *wistra*, (10), 2020, p. 397.

de una investigación lícita por parte de la empresa¹²⁴. Pero, aun cuando se evidencie la *ilicitud* de la conducta particular, este segundo fundamento de la jurisprudencia solamente podría encontrar su sentido cuando se encuentre conectado al aprovechamiento estatal de los hallazgos privados. Al final, el objetivo de preconstituir evidencias probatorias, aisladamente, no tiene suficiente consistencia para determinar la prohibición de las pruebas obtenidas ilícitamente por los particulares.

La expectativa de que la información se utilice en un futuro por el Estado en un procedimiento criminal ya indica mínimamente la relación entre causa y efecto. Sobre el particular, la STS 116/2017, refiriéndose expresamente a la STS 793/2013, llama la atención para la valoración de imágenes producidas ilícitamente por una víctima para advenir una denuncia¹²⁵. Ahora bien, véase que la víctima produce ilícitamente las imágenes de acuerdo con su intención de que el estado las utilice *a posteriori* en un proceso contra su agresor. Más allá, tómesese también el ejemplo, aquí adaptado de la propia STS 116/2017, del narcotraficante, que, por discrepancias con sus compinches y para ofrecérselo *a la policía*, decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales –incluida la información bancaria– de los integrantes del cártel. ¿Se puede tomar en serio aquí un criterio para la prohibición probatoria tan solo sobre la voluntad de preconstitución probatoria –la causa–, ignorándose completamente la manera por la cual se da su aprovechamiento procesal, es decir, su efecto? En estos ejemplos no hay por parte del Estado ningún conocimiento, aquiescencia, tolerancia o expectativa de aprovechamiento de las evidencias en el proceso penal. Luego, no habiendo por parte de las autoridades cualquier conocimiento sobre las conductas privadas y ni tampoco la infracción de un deber de cuidado, no hay cómo las reglas de prohibición probatoria podrían funcionar aquí como el mecanismo de disuasión de la mala conducta de los órganos estatales. Desde otro punto de vista, tampoco parece imaginable inferirse de los ejemplos una lesión al núcleo duro de la intimidad del interesado, esto es, a su dignidad humana, como para justificar una prohibición probatoria autónoma¹²⁶. Además, tornar la validez probatoria dependiente exclusivamente de la voluntad privada consagraría un poder de disposición de los particulares sobre la admisibilidad de los medios de prueba y, dejar la suerte del proceso penal, en gran medida, en las manos de los investigadores privados. De todo ello resulta que la voluntad de prefabricar pruebas parece haber funcionado en el caso Falciani mucho más como un argumento retórico que como un criterio autónomo y proporcionado para atraer la protección de los derechos fundamentales. Se ha tornado evidente la necesidad de que la acción del particular pueda, de algún modo, conectarse al aprovechamiento procesal del Estado en un contexto de elusión deliberada de los derechos fundamentales. Finalmente, se debe tomar en cuenta que el Tribunal Supremo afirmó expresamente en su sentencia que no tenía la intención de formular

¹²⁴ Licitud que se deriva del art. 31 *bis* y ss. CP, cf. AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, p. 292.

¹²⁵ STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6, con remisión a la STS 793/2013, Penal, de 28 de octubre (ES:TS:2013:5249), ponente: Manuel Marchena Gómez.

¹²⁶ A propósito de esta categoría de prohibición probatoria, que suele deducirse del núcleo duro del derecho a la intimidad y que se aplica independientemente de una vulneración a una regla de obtención de prueba, véase AMBOS, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización», *Polít. crim.*, (4), (7), 2009, pp. 47 s.; GLESS, «Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, 2013, p. 116, 124 ss.; WOLTER, «Proibições de Prova e Proibições de Circunvenção: Entre a Busca da Verdade e a Proibição de Devassamento», en GRECO (ed.), *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, 2018, pp. 142 s.

una regla de pretensión de validez general, lo que ha generado la expectativa legítima de una matización en cuanto a las investigaciones internas¹²⁷.

Hechas esas consideraciones, se concluye que los requisitos de la jurisprudencia Falciani son, en gran medida, coincidentes con los criterios de imputación orientados a las investigaciones internas.

d. *Críticas a la teoría de la imputación*

Todo ello no significa que la teoría de la imputación sea indiscutible, pero sus oponentes más recientes ya no la niegan por completo. En cambio, se limitan a criticar que el alcance de la teoría de la atribución es insuficiente para solucionar todas las dimensiones del dilema del empleado. Esto se debe a que muchos otros casos de cooperación, relevantes en la práctica, no podrán ser atribuibles al Estado debido a la falta de un punto de conexión¹²⁸. Es decir, la teoría de la imputación solo solucionaría casos excepcionales¹²⁹. Aun así, la experiencia alemana demuestra que, en el caso de una estrecha colaboración con las autoridades de persecución penal, las empresas suelen conceder a los empleados el derecho de asistencia letrada y el derecho al silencio, entre otros motivos, sobre la base de recomendaciones de colegios de abogados¹³⁰. Por eso, no debería desestimarse el papel que en la práctica puede desempeñar una especie de autorregulación¹³¹.

Sin embargo, nada de esto impide la aplicación de la teoría de la atribución a los casos presentados. El hecho de que la solución propuesta pueda observarse en la práctica empresarial no significa que su existencia se convierta en jurídicamente irrelevante. Más bien puede afirmarse lo contrario: que las empresas solo conceden la libertad de autoinculpación *voluntariamente* a sus empleados precisamente debido al predominio de la teoría de la imputación. Teniendo en cuenta lo anterior, la teoría de la imputación se ha presentado como la más adecuada para hacer frente a los retos de las investigaciones internas.

6. Conclusiones

El presente estudio ha puesto de manifiesto el dilema ante el que se encuentra el empleado sospechoso en una investigación interna, el cual se deriva fundamentalmente del hecho de que, en una cooperación público-privada, su deber laboral de rendir cuentas puede eludir la libertad de autoincriminación.

¹²⁷ STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 7, cf. AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, p. 293.

¹²⁸ HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden*, 2020, p. 190.

¹²⁹ BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, 2021, p. 114.

¹³⁰ Resolución del Colegio Federal de Abogados de Alemania (BRAK) 35/2010, Tese 3, pp. 9 s [Consulta: 22 febrero 2022]. Disponible en <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/november/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf>.

¹³¹ A causa de ello, destacando la pérdida de relevancia práctica de la discusión en Alemania, cf. SALVENMOSER/SCHREIER, «15. Teil Private Ermittlungen», en ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2019, nm. 168; OTT/LÜNEBORG, *NZG*, (35), 2019, p. 1367; cf. PARK/EGGERS, «§11 Compliance-Untersuchungen („internal investigations“», en VOLK/BEUKELMANN (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., 2020, nm. 88 ss.

A la luz de esta tensión, que concretamente tuvo gran repercusión en las investigaciones del caso Siemens, la doctrina continental, que hasta entonces había prestado poca atención al tema, comenzó a destacar la importancia de evitar que los resultados de las investigaciones internas – especialmente una autoincriminación «forzada» del empleado– pudiesen utilizarse indiscriminadamente en el proceso penal.

De esa manera, se sistematizaron los estudios y la jurisprudencia disponibles con respecto a la valoración de pruebas obtenidas por particulares, haciéndose frente a las propuestas restrictivas, ora derivada de la creciente tendencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ora del juicio de ponderación que ha predominado en el modelo procesal penal continental para solucionar los casos difíciles.

A partir de ahí, se consideró que aún es precipitado abogar por una eficacia inmediata de la libertad de autoincriminación en las relaciones laborales, so pena de deformar la naturaleza de la relación de empleo. Por otro lado, contemplándose la inseguridad jurídica resultante de la casuística del juicio de ponderación, se llegó a criterios de atribución para resolver el dilema expuesto de manera más satisfactoria. Es decir, más allá de una violación extrema a la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales y las prohibiciones del uso de pruebas pueden invocarse principalmente sobre el fundamento de imputar al Estado las conductas privadas potencialmente vulneradoras de los derechos fundamentales.

Como la amenaza de despido llevada a cabo por la empresa puede equipararse a una coacción, se señaló cómo se imputa la declaración autoinculpatoria del empleado al Estado. Pues, con este resultado, se comprueba la vulneración del art. 24.2 CE y, en consecuencia, la prohibición de utilización de esta declaración en el proceso (art. 11 LOPJ). Una causa de imputación que conecte la investigación privada al Estado es inequívoca en dos supuestos: en primer lugar, cuando existe una participación abierta de las autoridades en la actividad privada, y, en segundo lugar, cuando las autoridades encargan a un investigador privado la recogida de pruebas. Por analogía a ello, se ha revelado también que en las investigaciones corporativas hay razones para la imputación en otras dos hipótesis. Por una parte, si las autoridades provocan o inducen activamente la investigación, con una amenaza mínimamente concreta e idónea para suprimir la libre voluntariedad de la decisión corporativa. Por otra parte, también si las autoridades retrasan ilícitamente el inicio de la investigación oficial para aprovechar las pruebas obtenidas por la empresa –lo que equivaldría al encargo implícito de la actividad de obtención de pruebas–.

De lo expuesto se extraen dos conclusiones. La primera es que el dilema del empleado debe solucionarse del siguiente modo: la obtención de la declaración autoinculpatoria «forzada» por la empresa debe atribuirse al Estado, según los criterios expuestos detalladamente *supra* en el subtítulo 5.2, subepígrafe “b”. De esta suerte, se constataría la vulneración del derecho a no autoincriminarse del empleado (art. 24.2 CE) y, consecuentemente, la necesidad de prohibir el uso de la declaración en el proceso penal en su contra, según el art. 11 LOPJ.

La segunda conclusión es derivada de la primera y se relaciona con la justificación de una teoría de prohibiciones probatorias aplicable a las investigaciones internas. Es que, si bien los fundamentos aquí presentados se han orientado básicamente a solucionar el dilema de la autoincriminación del empleado, lo cierto es que ellos tienen una aplicación más amplia. Por una parte, porque concretizan una teoría de imputación procesal penal destinada a proteger los derechos fundamentales frente a los actos privados de obtención de prueba. Por otra parte,

porque tienen una dimensión universal, dado que la idea de imputación se desarrolla de manera similar en los sistemas jurídicos anglosajón y continental en cuanto a las investigaciones internas. Y, tras lo dictaminado por la jurisprudencia Falciani, la teoría de la imputación finalmente ha encontrado su lugar en el ordenamiento jurídico español. Todo ello bajo el principio de evitarse la elusión de los derechos y garantías fundamentales, quintándole al Estado las ventajas de una infracción deliberada de la ley. Pero, al mismo tiempo, manteniendo la armonía con la jurisprudencia dominante, según la cual, la regla de exclusión probatoria debe funcionar como un mecanismo de disuasión de los abusos estatales. Por tanto, se deduce que la imputación al Estado es el fundamento dogmático más sólido para la construcción de una teoría de las prohibiciones probatorias vinculadas a las investigaciones internas.

7. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «Regla de Exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER WINTER (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73 ss.

ALCÁCER GUIRAO, «Retos para el Compliance Penal: Barbulescu, Falciani y el Reforzamiento de Garantías en el Proceso Penal», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/J. BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 33 ss.

AMBOS, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización», *Política Criminal*, (7), 2009, pp. 1 ss.

AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

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

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

ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, 2019, pp. 1 ss.

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

BACHMAIER WINTER, «Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013, pp. 209 ss.

———, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance», *Diario La Ley*, 2012, pp. 1 ss.

BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.

BARTZ/BÖHM/POHL, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *Corporate Compliance Zeitschrift*, (6), 2019, pp. 305 ss.

BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

BITTMANN/BROCKHAUS/VON COELLEN/HEUKING, «Regelungsbedürftige Materien in einem zukünftigen „Gesetz über interne Ermittlungen“», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, (1), 2019, pp. 1 ss.

BUCHHOLZ, *Der nemo-tenetur-Grundsatz*, Springer, Wiesbaden, 2018.

BUMKE/VOßKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, 8ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

CALDWELL/GRÜTZNER/BARTZ, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *Corporate Compliance Zeitschrift*, (1), 2020, pp. 43 ss.

COCA VILA, «¿Programas de compliance como autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43 ss.

COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley*, 2017, pp. 1 ss.

DANN/SCHMIDT, «Im Würdegriff der SEC? Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit», *Neue Juristische Wochenschrift*, (26), 2009, pp. 1851 ss.

DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

———, «Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. I, Civitas, Madrid, 2012, pp. 141 ss.

DUGGIN, «Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism, and the Employee Interview», *Columbia Business Law Review*, (3859), 2003, pp. 859 ss.

ECKHARDT, *Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Straferfolgung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.

EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, Herbert Utz Verlag, München, 2015.

EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, C.H. Beck, München, 2017.

ESTRADA I CUADRAS, «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 2020, pp. 226 ss.

ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, «Derechos de los Trabajadores y Deberes del Empresario: Conflicto en las Investigaciones Empresariales Internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, 2013, pp. 197 ss.

GLESS, «Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, St. Louis, 2013, pp. 113 ss.

GOENA VIVES, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23-22), 2021, pp. 1 ss.

GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y Derechos de los Trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Edisofer, Barcelona, 2014, pp. 421 ss.

GRECO, «Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots», en STEIN/GRECO/JÄGER/WOLTER (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 485 ss.

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

GRIFFIN, «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom*, New York University Press, New York, 2011, pp. 110 ss.

———, «Compelled Cooperation and The New Corporate Criminal Procedure», *New York University Law Review*, (2), 2007, pp. 311 ss.

HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020.

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

———, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I: Gutachten / Teil C, C.H. Beck, München, 2008.

JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Beck, München, 2020.

JULIÀ PIJOAN, «Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2021, pp. 317 ss.

KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *Juristische Schulung*, (1), 2014, pp. 15 ss.

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

KASPAR, «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, pp. 206 ss.

KINGREEN/POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

KLAAS, *Interne Untersuchungen und Informationsaustausch*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

KNAUER/BUHLMANN, «Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – was bleibt von nemo tenetur und fair-trial?», *Anwaltsblatt*, (6), 2010, pp. 387 ss.

KNAUER/GAUL, «Internal investigations und fair trial - Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (4), 2013, pp. 192 ss.

KOTTEK, «Unternehmensinterne Compliance-Ermittlungen», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (1), 2017, pp. 9 ss.

———, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.

KÜSTER, *Der rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen*, Springer, Wiesbaden, 2019.

LENZE, *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2014.

LÉON ALAPONT, «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, pp. 1 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, 2021.

MAURER/WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 2020.

MENDE, *Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat*, Berlin Verlag, Berlin, 2000.

MOMSEN/GRÜTZNER, «Verfahrensregeln für interne Ermittlungen», *Der Betrieb*, (32), 2011, pp. 1792 ss.

MONTIEL, «Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 221 ss.

———, «Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 251 ss.

MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 137 ss.

MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero.», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 2018, pp. 1 ss.

MÜNKEL, *Mitarbeiteroffenbarungen im Strafprozess*, Dr. Kovač, Hamburg, 2014.

NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

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

—————, «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, 2013, pp. 1 ss.

NIEVA FENOLL, «Investigaciones Internas de la Persona Jurídica: Derechos Fundamentales y Valor Probatorio», *Jueces para la Democracia*, 2016, pp. 80 ss.

ORSI/RODRÍGUEZ-GARCÍA, «Las Investigaciones Defensivas en el Compliance Penal Corporativo», en RODRÍGUEZ-GARCÍA/RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 293 ss.

ORTIZ, «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (1), 2017, pp. 39 ss.

OTT/LÜNEBORG, «Das neue Verbandssanktionengesetz – Fragen und Auswirkungen für die Compliance-Praxis», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, (35), 2019, pp. 1361 ss.

PARK/EGGERS, «§11 Compliance-Untersuchungen („internal investigations“)», en VOLK/BEUKELMANN (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2020, pp. 408 ss.

PATTERSON, «Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and Brady v. Maryland», *Columbia Business Law Review*, 2021, pp. 417 ss.

PFORDTE, «»Outsourcing of Investigations?« Anwaltskanzleien als Ermittlungshilfen der Staatsanwaltschaft», en ARBEITSGEMEINSCHAFT STRAFRECHT DES DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 740 ss.

POUCHAIN, *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

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 Martín*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1101 ss.

REBB, *Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», *Diario La Ley*, 2017, pp. 1 ss.

ROGALL, «§ 136a», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. II, 5ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016.

———, «Vor § 133», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. II, 5ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016.

ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., Beck, München, 2017.

SALVENMOSER/SCHREIER, «15. Teil Private Ermittlungen», en ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., C.F. Müller, München, 2019, ss.

SARTORIUS/SCHMIDT, «Interne Untersuchungen nach dem geplanten Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) - Das Gegenteil von gut ist gut gemeint», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (10), 2020, pp. 393 ss.

SCHMITT, *Meyer-Gofßner/Schmitt Strafprozessordnung*, 64ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

SOTELSEK, «Leitlinien für Kooperationen von Staatsanwaltschaften mit privaten Ermittlern», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (9), 2020, pp. 361 ss.

SPOERR, «Rechtspolitische Überlegungen zu einem Unternehmensstrafrecht: Die Perspektive der internationalen internen Untersuchungen», en KUBICIEL (ed.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 99 ss.

STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt“ das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

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

TRÜG, «Unternehmen als Beschuldigte - nemo tenetur?», *Strafverteidiger*, (11), 2020, pp. 779 ss.

VILLEGAS GARCÍA, «Compliance, Protección del Informante e Investigaciones Internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 211 ss.

WASTL/LITZKA/PUSCH, «SEC-Ermittlungen in Deutschland - eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (2), 2009, pp. 68 ss.

WEWERKA, *Internal Investigations*, Peter Lang, Bern, 2012.

WOLTER, «Proibições de Prova e Proibições de Circunvenção: Entre a Busca da Verdade e a Proibição de Devassamento», en GRECO (ed.), *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, pp. 109 ss.

ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.

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