

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14, pp. 98-120.

INVESTIGACIONES INTERNAS Y LA PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN

Prof. Dr. Luís Greco (Berlín) y Dr. Christian Caracas*

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2022

Resumen

El derecho procesal penal se enfrenta a retos especiales con las llamadas investigaciones internas y que han atraído una atención creciente desde el caso Siemens. Estas investigaciones no constituyen actos del Estado; al mismo tiempo, esto significa que se puede ejercer una presión masiva sobre los empleados de la empresa para que revelen información para incriminarlos en cualquier procedimiento penal posterior. Este conflicto entre el deber de información del derecho laboral y la prohibición de autoincriminación del procedimiento penal será el objeto de nuestras consideraciones.

Palabras clave: investigaciones internas – prohibición de autoincriminación – nemo tenetur – Siemens

Title: Internal Investigations and the Ban on Self-incrimination.

Abstract

The law of criminal procedure faces special challenges with the so-called internal investigations that have attracted increasing attention since the Siemens case. These investigations do not constitute acts of the State; at the same time, this means that massive pressure can be exerted on company employees to disclose information to incriminate them in any subsequent criminal proceedings. This conflict between the duty to disclose in labor law and the prohibition of self-incrimination in criminal proceedings will be the subject of our considerations.

* Traducción del borrador alemán de Pedro POUCHAIN e Ignacio Gómez PERDIGUERO. Se mantuvo el formato de citas del original y se sometió el artículo a referato doble ciego.

Palabras clave: internal investigations – ban on self-incrimination – nemo tenetur – Siemens

Sumario: I. Comentarios introductorios; II. El problema; III. Soluciones posibles; IV. Conclusión.

I. Comentarios introductorios

El derecho procesal penal, cuyos instrumentos se ocupan principalmente de domar al Leviatán, se enfrenta a retos especiales con las llamadas investigaciones internas —es decir, cuando una empresa dirige la investigación de los hechos a partir de una sospecha concreta¹— y que han atraído una atención creciente desde el caso Siemens.² Estas investigaciones, por su propia naturaleza, no constituyen actos del Estado; al mismo tiempo, esto significa que, sin las obligaciones del Código Procesal Penal alemán (StPO), en particular sin cumplir los §§ 136, 136a y 55 StPO, se puede ejercer una presión masiva sobre los empleados de la empresa para que revelen información para incriminarlos en cualquier procedimiento penal posterior. Este conflicto entre el deber de información del derecho laboral y la prohibición de autoincriminación del procedimiento penal será el objeto de estas consideraciones.

Tras una descripción superficial del problema identificado (II), se examinarán las soluciones posibles para resolverlo y, al mismo tiempo, se desarrollará una propuesta propia (III).

II. El problema

¹ De la misma manera WAGNER, CCZ, 2009, 8, 12: “Esclarecimiento de los hechos en caso de sospecha de violación de la ley u otras normas”; GRÜTZNER en MOMSEN / GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht, Hb. f. die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2013, cap. 4, n.ºm. 7; WEWERKA, *Internal investigations*, 2012, pp. 5 ss.; con más detalle y precisión ROTSCHE en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Hb. Wirtschaftsstrafrecht*, 3.ª ed., 2012, parte 1, cap. 4, n.ºm. 49; NESTLER en KNIERIM / RÜBENSTHAL / TSAMBIKAKIS (eds.), *Internal Investigations*, 2013, cap. 1, n.ºm. 19 ss.; véase también KNIERIM, StV 2009, 324, 326 ss.; *ibid.*, en ROTSCHE (ed.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2011, p. 77 ss. El uso del término inglés parece preferible porque así no se corre el riesgo de olvidar el origen americano del fenómeno; sobre el origen con más detalle J. WAGNER, CCZ, 2009, 8 ss.; sobre el marco normativo americano con más detalle BEHRENS, RIW, 2009, 22, 23 ss.; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 43 ss.

² Más detenidamente en JAHN, StV, 2009, 41; ARZT, FS Stöckel, 2010, p. 15 ss.; KOTTEK, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, 2012, p. 55 ss. Más ejemplos en KNIERIM, StV 2009, 324 s.; WEWERKA *supra* nota 1, p. 121 ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022)

1. La principal fuente de información de los procedimientos internos de la empresa son los propios empleados,³ a los que se invita a las llamadas “entrevistas” —en un término más inofensivo—. ⁴ Mientras que el acusado tiene derecho a guardar silencio en un proceso penal, según el § 136 StPO, y no puede ser obligado a autoinculparse (véase, en particular, el § 136a StPO), el empleado tiene la *amplia obligación de declarar* ante el empresario sobre asuntos directamente relacionados con su ámbito personal de trabajo (§§ 666 y 675 del Código Civil alemán –BGB–).⁵ Este deber de información exigible (§ 888 I del Código de Proceso Civil —ZPO—) se mantiene, aunque el trabajador se autoinculpe con su testimonio.⁶ En el caso de las percepciones *fuera* del ámbito laboral inmediato —p. ej., las percepciones con motivo de un viaje de negocios— se excluye un derecho de información completo en virtud de los §§ 666 y 675 BGB. En estos casos, el deber de información solo surge del deber accesorio del contrato de trabajo, según los §§ 611, y 241 (2) del BGB o directamente de la buena fe (§ 242 del BGB).⁷ Dado que este deber se basa en un equilibrio de intereses,⁸ la obligación de proporcionar información en este ámbito no debería aplicarse en los casos de autoinculpación.⁹

2. Por otra parte, las conclusiones obtenidas en el curso de las investigaciones internas de la empresa deberían, según la opinión general, poder utilizarse sin más en los *procedimientos penales posteriores*.¹⁰ Esta posibilidad de utilización se afirma incluso en principio para las pruebas obtenidas

³ Igualmente, WESSING en AG Strafrecht DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 907, 921; MÜLLER-BONANI, *AnwBl.*, 2010, 651, 653; véase también GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, *NJW*, 2008, 1703: “empleados como poseedores del conocimiento”.

⁴ Señalado por WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ*, 2009, 68.

⁵ *BGHZ* 41, 318, 321; *BGH*, *NJW-RR*, 1989, 614; *BAG*, *NZA* 1996, 637, 638; *NZA*, 2002, 618, 620; DILLER, *DB* 2004, 313; SCHNEIDER, *NZG* 2010, 1201, 1204 —véase también las referencias en las próximas notas de pie. El empleado también tiene la obligación de participar en el interrogatorio realizado por terceros (con base legal del § 106 GewO, § 315 BGB), véase RUDKOWSKI, *NZA* 2011, 612; LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, *CCZ* 2011, 19 s.; GRÜTZNER *supra* nota 1, n.ºm. 278, 344.

⁶ P. ej., *BGHZ*, 41, 318, 322 s.; 109, 260, 268; *LAG Hamm*, *CCZ* 2010, 237; MARTINEK en Staudinger- BGB, Neubearbtg, 2006, § 666 n.ºm. 19; MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; MENGEL, *Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, cap. II. 4, n.ºm. 21; MÜLLER-BONANI, *AnwBl.*, 2010, 651, 653; LÜTZELER / MÜLLER SARTORI, *CCZ* 2011, 19, 20: no hay violación del “principio *nemur tenetur*” (sic); SEILER, *MK-BGB*, 6.ª ed., 2012, § 666 n.ºm. 9; GREEVE/TSAMBIKAKIS en KNIERIM/RÜBENSTAHL / TSAMBIKAKIS *supra* nota 3, cap. 17, n.ºm. 19 ss.

⁷ *BAG*, *NZA* 1996, 637, 638; *NZA* 1997, 41; RIEBLE, *ZIP* 2003, 1273, 1275; DILLER, *DB*, 2004, 313, 314; MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; BÖHM, *WM*, 2009, 1923, 1924.

⁸ Por un lado, se debe tener en cuenta un interés justificado del empresario en responder a sus preguntas, y, por otro lado, se debe tener en cuenta adecuadamente los intereses de la persona afectada, en particular su derecho general de personalidad, véase en *BAG*, *NZA*, 1996, 637, 638 s.; MORITZ, *NZA* 1987, 329, 331.

⁹ *BGH*, *NJW-RR* 1989, 614, 615; GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, *NJW* 2008, 1703, 1705; BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1925.

¹⁰ KREY, *Zur Problematik privater Ermittlung des durch eine Straftat Verletzten*, 1994, p. 101; WESSING, *supra* nota 3, p. 923; WIMMER, *FS I. Roxin*, 2012, pp. 537, 549, 552; GREEVE / TSAMBIKAKIS, *supra* nota 6, § 33 ss., los cuales, sin embargo,

ilegalmente por particulares,¹¹ por lo que se sugiere una conclusión crucial: pues, en principio, las investigaciones internas son indudablemente *lícitas*.¹² En muchos casos, se considera incluso que la ley impone una *obligación* legal sustantiva a las empresas, o bien a la junta directiva, para realizar investigaciones internas.¹³ En particular, se descarta la aplicación de los §§ 136 y 136a StPO a las investigaciones internas, ya que no hay un interrogatorio¹⁴ en el caso de las investigaciones privadas¹⁵.

3. Sobre la base de esta descripción de la opinión predominante, son evidentes algunas *preocupaciones*. Sobre todo, parece insatisfactorio que el trabajador esté sometido de hecho y de derecho a una considerable autoinculpación¹⁶ y que se le ponga ante la “opción ‘cárcel o despido’”,¹⁷ “*talk or walk*”.¹⁸ El hecho de que esta situación pueda producirse se basa, en última instancia, en que las disposiciones protectoras del StPO, y en particular la prohibición de autoincriminación, tradicionalmente solo tienen en cuenta la acción o la coacción estatal. La clásica dicotomía entre acción privada y estatal, en la que se basa el StPO, parece estar sobrecargada, especialmente en el

abogan por la prohibición de la explotación desde el punto de vista de *lege ferenda* (§ 40); también MÜLLER-BONANI, *AnwBl.* 2010, 651, 655.

¹¹ Véase *BGHSt.*, 27, 355, 357; 36, 167, 173; 44, 129, 136 ss.; *BGH*, *NSz* 2003, 668; *BVerfG*, *NJW* 2000, 3557; *NJW*, 2011, 2417, 2418 ss.

¹² En general, también, KREY, *supra* nota 10, p. 23 ss.; BRÜNHOBBER, *GA*, 2012, 571, 572 ss.; RÖDIGER, *Strafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations*, pp. 2012, p. 244 ss.; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 111 ss.; con precisión BITTMANN / MOLKENBUR, *wistra*, 2009, 373, 374. HASSEMER / MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger*, 1996, p. 16 ss., en relación con las investigaciones del perjudicado. Por supuesto, deben observarse los límites generales de lo legalmente permisible, véanse en particular los §§ 258, 164 así como los §§ 201, 202 a, 206, § 240 *StGB*, §§ 43, 44 *BDSG* como los §§ 88, 89, 148 *TKG*; con más detalle DANN / GASTELL, *NJW* 2008, 2945; KNIERIM, *StV* 2009, 324, 328 ss., *ibid.*, *FS Volk*, 2009, pp. 247, 265 ss.; BRÜNHOBBER, *GA* 2012, 571, 579 ss.; *Weiß*, *CCZ* 2014, 136.

¹³ En este sentido, algunos apelan al deber de un administrador diligente de ejercer la debida vigilancia, p. ej., FLEISCHER, *AG*, 2003, 291; WAGNER, *CCZ* 2009, 8, 12 s., 15 refiriéndose al § 76 I *AktG* (función de vigilancia como parte de la tarea de la dirección ejecutiva) y al § 93 I *AktG*; POTTINECKE / BLOCK en KNIERIM / RÜBENSTAHL / TSAMBIKAKIS, *supra* nota 1, cap. 2 n.º m. 6 ss.; rechazando, GRÜTZNER, *supra* nota 1, n.º m. 47. Otros derivan el deber de esclarecer los hechos de los §§ 130, 30 *OWiG*; en este sentido, POTTINECKE / BLOCK, *supra* nota 13, n.º m. 12; GRÜTZNER, *supra* nota 1, n.º m. 47 s., 50; WIMMER, *supra* nota 10, pp. 537, 539 *supra* nota 4; REICHERT, *ZIS* 2011, 113, 117 (que recurre exactamente al § 93 I I *AktG* en relación con el § 130 I *OWiG*); en parte, WAGNER, *CCZ* 2009, 8, 13 s. Sobre esta norma, véase también CARACAS, *Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG - am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, 2014.

¹⁴ En otras palabras, una situación en la que “el interrogador se enfrenta al demandado (es decir, al acusado, al testigo o al perito) en calidad de funcionario y en esta calidad le exige información (“una declaración”); *BGHSt.*, *GrS*, 42, 139, 145.

¹⁵ A este respecto, KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.*, 2010, 387, 392; MOMSEN, *ZIS*, 2011, 508, 514.

¹⁶ WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSz* 2009, 68; KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 388; MOMSEN, *ZIS*, 2011, 508, 510.

¹⁷ GERST, *CCZ*, 2012, 1, 3.

¹⁸ VON ROSEN, *BB* 2009, 230, 231; LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, *CCZ*, 2011, 19.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

caso de las investigaciones internas.¹⁹ Se habla de una “tercerización de las investigaciones”,²⁰ lo que relativiza en gran medida la *división público-privada* en este ámbito.

III. Soluciones posibles

Ante esta situación problemática, parecen concebirse tres posibles reacciones principales. La primera trata de reafirmar la opinión predominante, haciendo hincapié en que las preocupaciones descritas no son tan graves (1: evaluación de pruebas). Los otros dos se toman en serio las preocupaciones e intentan abordar uno de los dos lados del conflicto, relativizando el deber de información en el derecho laboral (2) o la admisibilidad de la prueba en los procesos penales (3).

1. Evaluación de pruebas:

Al principio, uno podría pensar que la descripción anterior (II) exagera el problema. RAUM argumenta que el tribunal también se enfrenta a problemas comparables cuando utiliza agentes encubiertos o colaboradores, por lo que las disposiciones de protección de los §§ 136 y 136a del StPO tampoco son aplicables en ausencia de un interrogatorio. Sin embargo, la práctica resuelve estos casos utilizando la información, pero relativizando su valor probatorio hasta el punto de que una condena no puede basarse principalmente en ella. Del mismo modo, el valor de una declaración obtenida en virtud de la obligación de información debe relativizarse en el marco de la apreciación de las pruebas.²¹

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria. Y su defecto no solo radica en que pretende operar una analogía, adoptando un punto de partida extremadamente controvertido²² —los grupos de casos de agentes encubiertos y de colaboradores con la justicia— y que, por lo tanto, es incapaz de servir como fundamento sólido para una conclusión analógica. Incluso si uno se abstuviera de hacerlo, la analogía en sí misma, y no solo su fundamento, también es dudosa. Para RAUM, el problema de las investigaciones internas no es tanto que se realicen bajo presión para incriminarse, sino que el investigador privado no está obligado a ser objetivo, lo que conlleva un peligro para el establecimiento de la verdad.²³ Por lo tanto, el problema central de la autoinculpación descrito

¹⁹ P. ej., WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSStZ*, 2009, 68, 70; WESSING, *supra* nota 3, p. 928 s.; IGNOR, *CCZ*, 2011, 143; WASTL, *ZRP*, 2013, 57, 58; lo más detallado, ZERBES, *ZStW*, 125 (2013), 551, 554 ss.; más detalles *infra* en III 3 b dd.

²⁰ Este es el título del artículo de PFORDTE en AG Strafrecht DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 740; véase también WEWERKA, *supra* nota 1, p. 198 ss. (bastante crítico).

²¹ RAUM, *StraFo*, 2012, 395, 399; véase también KNIERIM, *StV*, 2009, 324, 330 ss.

²² Una crítica en GRECO, *FS Wolter*, 2013, pp. 61, 77 s., 78 s. con otras referencias.

²³ RAUM, *StraFo* 2012, 395, 399.

anteriormente en II. 3 se pierde de vista: pues este problema persiste incluso si la información, transmitida a los órganos de persecución penal, corresponde totalmente a la verdad.

2. Negación del deber de información según la legislación laboral:

a) Una solución diferente es la que propone sobre todo I. ROXIN.²⁴ Ella ya cuestiona el deber de información de la legislación laboral en caso de autoinculpación. Recuerda que el derecho a la determinación unilateral de la prestación por parte de un contratante debe ejercerse según el criterio de equidad (§ 315 I del BGB) y que, al concretar el concepto jurídico indeterminado de equidad, también deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales y, con ellos, la libertad de autoinculpación. Sobre todo, no existiría la necesidad de la información, lo que significaría que el deber de información del empleado sería desproporcionado porque innecesario; puesto que ya sería permisible un despido por sospecha en el caso de una negativa a proporcionar información. Los que sacan la conclusión del estatus constitucional del principio de *nemo tenetur* de que el principio no se limitaría al derecho procesal penal adoptan un enfoque similar.²⁵ De ello se deriva, sobre todo, un derecho al silencio por parte del trabajador respecto de las declaraciones que puedan incriminarle. Una decisión del *Tribunal Regional Superior de Karlsruhe* también negó apodícticamente el deber de un empleado de autoinculparse frente a su empleador.²⁶

b) Esta propuesta también parece insatisfactoria.

aa) En primer lugar, porque no es capaz de aliviar el problema descrito anteriormente. Con o sin obligación de informar: sigue siendo lícito amenazar con el despido en caso de negarse a declarar. Desde el punto de vista del interesado, es solo una cuestión de construcción dogmática que le resulta irrelevante, si el motivo de este despido es la violación del deber contractual de información o si se trata de un despido por sospecha de incumplimiento de sus obligaciones. Para él siempre es una

²⁴ I. ROXIN, *StV*, 2012, 116, 121. también MENGEL / ULLRICH, *NZA* 2006, 240, 243; GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, *NJW* 2008, 1703, 1705 (inexigibilidad); DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1852; WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSStZ* 2009, 68, 71; RUDKOWSKI, *NZA* 2011, 612, 613; TSCHERWINKA, *FS I. Roxin*, 2012, p. 521; ZERBES, *ZStW* 125 (2013), 551, 559, quien aboga por una ampliación del ámbito de protección del principio *nemo tenetur* (véase III 3 b dd); por un derecho al silencio como resultado de una ponderación de intereses según el caso concreto, primeramente en KREY, *supra* nota 10, p. 53; ROGALL, *SK-StPO* vor § 133 ss. n.ºm. 140: el deber de declarar es aquí “dudoso”.

²⁵ En este sentido, WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSStZ* 2009, 68, 70; KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 389; también MOMSEN, *ZIS* 2011, 513.

²⁶ *OLG Karlsruhe*, *NSStZ* 1989, 287.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

cuestión de la alternativa descrita anteriormente, cárcel o calle, *talk or walk*.²⁷ Por lo tanto, el problema sigue existiendo.²⁸

bb) Se agrega, en esa línea, que no se puede derivar una ampliación del ámbito de aplicación de la libertad de autoincriminación a partir de su rango constitucional. Este argumento confunde la cuestión formal del rango de un instituto jurídico en la estructura escalonada de las fuentes del derecho con la cuestión sustantiva del contenido de un instituto jurídico. La conclusión es lógicamente tan errónea como las afirmaciones de que el principio *ne bis in idem* debe aplicarse también en el derecho procesal civil debido a su rango constitucional (art. 103 III de la Ley Fundamental alemana - GG) o que la prohibición de retroactividad (art. 103 II GG) debe aplicarse también a las medidas de seguridad, etc.²⁹

cc) Por último, la tesis de un efecto eximente de la libertad de autoincriminación resulta cuestionable tras un examen más detallado. De todos modos, es obvio que la libertad de autoincriminación no proporciona carta blanca para las acciones positivas destinadas a ocultar la culpabilidad: basta con pensar en los motivos de una prisión preventiva por riesgo de destrucción de pruebas (§ 112 II n.º 3 StPO) o por el delito de falsa denuncia (§ 164 del Código Penal - StGB),³⁰ perjurio o falso testimonio (§§ 154, 153 StGB)³¹ o calumnias (§ 187 StGB),³² todos los cuales no dejan de aplicarse porque el delincuente interviene para defenderse de la acusación. La libertad de autoincriminación ni siquiera puede eximir de las obligaciones de actuar³³ que, por sí mismas,³⁴ son menos graves, según la ley (véase la posibilidad opcional de atenuar la pena, según el § 13 II StGB). La libertad de autoincriminación no permite al secuestrador ocultar a la policía el lugar donde se encuentra su víctima. Solo en el caso de las obligaciones generales de solidaridad, de acuerdo con el § 323c StGB, se argumenta ocasionalmente algo diferente;³⁵ predominantemente, y probablemente

²⁷ De manera correcta PFORDTE, *supra* nota 20, p. 754; KOTTEK, *wistra* 2017, 10 s.

²⁸ Sin embargo, se podría pensar que un despido por sospecha también debe ser inadmisibles en estos casos. Por lo que se puede observar, nadie aboga por ello, y con razón. No se puede esperar que el empresario continúe la relación contractual, aunque haya sospechas de delito.

²⁹ Con razón, crítico con relación a un “exagero en la deducción constitucional”, VERREL, *NSzZ* 1997, 361, 364 s.; RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 266 s.

³⁰ Véase especialmente LENCKNER / BOSCH en *Sch/Schr-StGB*, 29.ª ed. 2014, § 164 n.º m. 9.

³¹ Véase especialmente el § 157 *StGB* que solo reconoce el “estado de necesidad testimonial” (cuando un testigo o un perito mientan para protegerse o proteger algún familiar) como atenuante de la pena.

³² Sobre la inaplicabilidad del § 193 *StGB* a la difamación por parte de un sospechoso que quería dirigir las sospechas hacia otro, ya *RGSt*, 48, 414.

³³ Véase ESPECIALMENTE ENGISCH, *FS Gallas*, 1973, pp. 163, 189 s.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, 647, 655; KARGL, *GA*, 1999, p. 459 s.; y desde un punto de vista filosófico moral MOORE, *Act and Crime*, Oxford, 1993, p. 58 s.

³⁴ NK/*StGB-Wohlers/Gaede*, 4ª ed. 2013, § 13 n.º m. 18 con otras referencias; disidente parcialmente SEEBODE, *NSzZ* 1993, 83, 84, porque quiere aplicar los principios de la decisión del deudor fallido.

³⁵ P. ej., WELZEL, *JZ* 1958, 494, 496; de manera diferencial MK/*StGB-Freund*, 2ª ed. 2014 § 323c n.º m. 99 ss.

con razón, se asume que estas obligaciones de rescate no se ven afectadas en gran medida, a pesar de la posible autoincriminación.³⁶ Ni siquiera está claro si los riesgos de autoincriminación pueden justificar una exclusión del deber de prestación, según el § 275 III del BGB.³⁷

Aunque el ordenamiento jurídico prevea una multitud de derechos para rechazar la información en el caso de autoinculpación,³⁸ es menos probable que estos derechos encarnen consecuencias obligatorias del principio *nemo tenetur*, sino más bien la expresión de la equidad legislativa. Parece que hay muchos indicios de que la libertad de autoinculpación es un instituto puramente procesal, en el sentido de que *solo puede tener efecto sobre las obligaciones procesales y no sobre las sustantivas*.³⁹

3. Prohibición de pruebas:

Es obvio que la solución debe encontrarse en el ámbito del procedimiento penal. Dado que ha resultado inadecuado solucionar el problema con base en la evaluación de las pruebas (véase el punto 1), podría ser aconsejable empezar en una fase anterior. Así, se debe tomar en consideración una prohibición de pruebas. La mayoría de las opiniones de la doctrina procesal penal probablemente se inclina por esta propuesta. Sin embargo, los caminos hacia esta prohibición de pruebas son diferentes. Algunos se refieren al derecho a un juicio justo (*infra a*). La mayoría, sin embargo, prefiere invocar el principio *nemo tenetur* (*infra b*).

a. Derecho a un juicio justo (Fair Trial):

a) Un primer grupo de autores, sobre todo KNAUER, quiere afirmar las prohibiciones de utilización de la prueba (*Beweisverwertungsverbot*) en los casos en los que, a su juicio, se vulnera el derecho a un juicio justo.⁴⁰ Se dice que la ventaja decisiva de esta línea de argumentación, en comparación con el principio *nemo tenetur*, reside en la mayor flexibilidad de la norma, ya que el juicio justo tendría la estructura jurídico-teórica de un "principio" graduable y no la de una "regla"

³⁶ Véase por todos SK/StGB-Rudolphi/Stein 136. Lfg. 2012, § 323 c n.º m. 21 con otras referencias.

³⁷ En los principales comentarios no hay ni una palabra al respecto, véase, p. ej., MK/BGB-Ernst, 6ª ed. 2012, § 275 n.º m. 118; Staudinger/BGB-LÖWISCH/CASPERS, Neubearbeitung, 2009, § 275 n.º m. 103 ss.

³⁸ P. ej., § 52 V BfMSchG; § 24 II BtMG; 59 V GWB; 44 VI KWG; 69 VI EnWG.

³⁹ Por este camino, H.A. WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, 1997, p. 56 ss., 68, 99 ss., 274 ss. (quien, además, propone distinguir entre *nemo tenetur* y su "efecto radiante"). En sentido parcialmente disidente, KÖLBEL, *Selbstbelastungsfreiheiten*, 2006, p. 440 ss., 489.

⁴⁰ KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 390 ss.; KNAUER / GAUL, *NSrZ* 2013, 192, 193 ss.; MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 513 s.; MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792, 1795; WEWERKA, *supra* nota 1, pp. 271. ss., 293 ss., 301; SK/StPO-Rogall, *vor* § 133 ss. n.º m. 140; solo para casos excepcionales GRÜTZNER, *supra* nota 1, número n.º m. 358.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

rígida.⁴¹ Posteriormente, se señalan algunos casos problemáticos de los que se derivarían prohibiciones de utilización de prueba. Debido a la proximidad con el engaño, se indicaría la prohibición de utilización, p. ej., en el caso de las *ofertas de amnistía* si estas dan la impresión engañosa de que inmunizarían al empleado contra la persecución penal.⁴² Y, como argumento adicional, se recurre a la decisión de la trampa de la escucha (*Hörfallen-Entscheidung*) de la *Gran Sala de Asuntos Penales (BGHSt 42, 139)*. En la trampa de la escucha, el acusado era libre de decidir “si quería revelarse en la conversación y en qué medida”,⁴³ mientras que el empleado se encontraba en un aprieto mucho más pronunciado en el caso de las entrevistas informativas.⁴⁴

bb) Sin embargo, algunas consideraciones parecen apropiadas.

(1) En primer lugar, la supuesta fuerza al invocar el juicio justo, es decir, la flexibilidad o la condición de principio de este topo argumentativo, podría ser un indicio de un problema grave. Pues al situar el problema en el juicio justo, se ha invocado al mismo tiempo el principio del Estado de Derecho y sus tensiones internas, en particular también el adversario nato de la equidad procesal, es decir, *la eficacia funcional de la administración de justicia penal*.⁴⁵ Que esta figura no aparezca en la argumentación de los autores, se debe al hecho de que no todas las consecuencias fueron extraídas de sus propias premisas. Ampararse en la equidad procesal conduce así a una *teoría de ponderación vaga y no vinculante*, según el modelo de la doctrina de la ponderación ya practicada por los tribunales en la dogmática de las prohibiciones probatorias.⁴⁶ La consecuencia más palpable de esto es que la prohibición de la explotación dependería, entre otras cosas, de la gravedad de las acusaciones, que no encarnaría otra cosa que una nueva edición del principio medieval “*in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat*”.⁴⁷

⁴¹ KNAUER / GAUL, *NSzZ* 2013, 192, 193.

⁴² MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 515; KNAUER / GAUL *NSzZ* 2013, 192, 194; véase, también, KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 388 (en este sentido, “el término ‘amnistía’ no está exento de humor cínico”), p. 392.

⁴³ *BGHSt* 42, 139, 153.

⁴⁴ KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 391; MOMSEN, *ZIS* 2011, 508, 514. Además, en el momento de las investigaciones internas, no hay motivos de sospecha todavía contra el empleado individual; es decir, no hay ninguna sospecha inicial que permitiera realizar investigaciones oficiales en absoluto (KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 393).

⁴⁵ *BVerfGE*, 33, 367 (383); 122, 248 (272); *BGHSt*, 31, 296, 299; 54, 69, 89; LANDAU, *NSzZ*, 2007, 121, 124 ss.

⁴⁶ P. ej., *BGHSt*, 24, 125, 130; 54, 69, 87; en principio BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafrecht*, 1903, p. 33; con concordancia *e in extenso*, especialmente ROGALL p. ej. *ZStW* 91 (1979), 1, 8 ss., 10, 31; *ibid.*, FS Hanack, 1999, p. 293 ss.

⁴⁷ CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, 1646, Pars III, Quaestio CII n.ºm. 68. Esta objeción se encuentra en SYDOW, *Kritik der Lehre von den „Beweisverboten*, 1976, p. 108; KOHLHAAS, *DRiZ* 1966, 286, 291; de forma análoga, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, 1990, p. 57; WOLTER, GS K. Meyer, 1990, p. 493, 494; ROXIN, *NSzZ* 1997, 18, 20: las soluciones de ponderación significan que “el fin justifica, hasta cierto punto, los medios que son cuestionables en sí mismos”.

(2) Pero se necesita adoptar un enfoque fundamental. Incluso si se pudiera tomar en cuenta la idea de un juicio justo sin su lado adverso, aun así, se representaría mucho más una carta blanca que un argumento claro y sustancial. Ella no solo es vaga,⁴⁸ sino que ya carece de contenido. Su función no es tanto la de servir de fundamento o fuente de conocimiento para conclusiones posteriores, sino la de proporcionar un punto de contacto que traslade postulados teóricos o pre-positivos al ámbito de la validez jurídica positiva. La idea de un juicio justo permite así remontar un determinado resultado al art. 20 III combinado con el art. 2 I GG y el art. 6 I CEDH; sin embargo, ofrece pocos fundamentos para este resultado.⁴⁹

(3) Por último, también se puede cuestionar el *argumento adicional del empleo de la jurisprudencia de la trampa de la escucha*.⁵⁰ Es que esta constelación difícilmente puede alinearse con la que se plantea aquí. En una trampa de escucha, la información se obtiene de forma secreta; se afecta a una persona que ya tiene la condición de acusado y se niega a declarar. La analogía también es frágil en lo que respecta a las consecuencias jurídicas; porque el *Tribunal Supremo Federal* no concluye automáticamente en favor de una prohibición del uso de pruebas a partir de la existencia de una trampa en la escucha, sino que se remite a una ponderación, lo que confirma las preocupaciones expuestas anteriormente (1).

b. *Nemo tenetur*:

Si la referencia al juicio justo no es satisfactoria por una serie de razones, podría valer la pena adoptar un enfoque más concreto e invocar un componente reconocido de cualquier procedimiento penal basado en el Estado de Derecho: el principio del *nemo tenetur*. Aquí se pueden distinguir tres líneas de argumentación. La primera invoca los principios de la llamada decisión del deudor fallido (*Gemeinschuldner*) del Tribunal Constitucional Federal (*infra* bb)). Además, hay autores que, mediante una construcción de imputación, quieren atribuir al Estado lo que a primera vista parece ser una coacción meramente privada de autoincriminación (*infra* cc)). Un tercer grupo de autores quiere ampliar el ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* a casos determinados de actuaciones no estatales (*infra* dd)). De todos modos, antes hay que aclarar si existe una *coacción* a la autoinculpación en los grupos de casos de las investigaciones internas (*infra* aa)).

i. Pregunta preliminar: ¿Coacción a la autoinculpación?

⁴⁸ Así, correctamente, HEUBEL, *Der „fair trial“ - ein Grundsatz des Strafverfahrens?*, 1981, pp. 73, 122 ss., 141 s.; igualmente, E. MÜLLER, *NJW* 1976, 1063, 1066; *LR/StPO-Kühne*, 26ª ed. 2006, Einl. I n.º m. 107.

⁴⁹ Al menos que se ofrezca una teoría material, con respecto a esto fundamentalmente BOTTKE, *FS Roxin* I, 2001, p. 1243, 1245; *ibid.*, *FS Meyer-Goßner*, 2001, p. 73 ss.; y GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, p. 357 ss.

⁵⁰ Véase también JAHN, *StV* 2009, 41, 45; I. ROXIN, *StV* 2012, 116, 119.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

(1) Como se sabe, el concepto de coacción no es sencillo.⁵¹ Incluso en el contexto de la prohibición de autoincriminación, su significado es cualquier cosa menos clara. La falta de orientación de los debates se hace evidente cuando se examinan los argumentos utilizados para afirmar o rechazar la existencia de la coacción. Por un lado, se dice que las investigaciones internas no encarnan la coerción porque los investigadores no tendrían a su disposición ningún medio de coerción, como la detención cautelar o la incautación.⁵² Por otro lado, se argumenta que la coacción para autoincriminarse se basa precisamente en el deber de colaboración desde el derecho laboral,⁵³ mientras que, a su vez, se replica que en realidad no se puede hablar de una verdadera obligación de autoinculpación, puesto que solo se trataría de una situación contractual o de hecho, pero no de una presión legal o estatal.⁵⁴ Ocasionalmente también se afirma que la presión (de hecho) que suele existir en esta constelación no justificaría la prohibición de la utilización de la prueba.⁵⁵

(2) Solo una elaboración bien fundamentada de las razones y los límites de este principio,⁵⁶ nos permitiría obtener conclusiones sólidas sobre el presente y también sobre las demás cuestiones del principio *nemo tenetur*, las cuales se abordarán más adelante. Pero, no hace falta decir que tal pretensión no se puede alcanzar en el presente contexto. De manera que, desde este artículo, se deberá perseguir objetivos más modestos y contentarse con deducir cautelosamente su aplicabilidad, en el contexto de las investigaciones internas, a partir de las concreciones reconocidas del principio del *nemo tenetur*.

(a) Debería ser obvio que no es la *existencia de medios coercitivos legales* lo que justifica una autoincriminación forzada. Más bien, los medios de coerción previstos en el derecho procesal penal

⁵¹ Desde un punto de vista filosófico véase NOZICK en MORGENBESSER et al. (eds.), *Essays in Honour of Ernest Nagel*, Nueva York, 1969, p. 440 ss; WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, 1987, p. 179 ss.

⁵² MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792, 1793; con razón y críticamente THEILE, *ZIS* 2013, 378, 383.

⁵³ WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSzZ* 2009, 68, 71 (según los autores, el *nemo tenetur* debería aplicarse a toda situación coercitiva, véase nuestra crítica bajo el apartado cc) [1]); BEULKE, *Strafprozessrecht*, 12ª ed. 2012, n.ºm. 481.

⁵⁴ KNAUER / BUHLMANN, *AnwBl.* 2010, 387, 389; MOMSEN, *ZIS* 2011, 513, quien, por lo tanto, solo habla con cautela de un "parelelo al *nemo tenetur*" (p. 514).

⁵⁵ JAHN, *StV*, 2009, 41, 44; THEILE, *StV* 2011, 381, 385.

⁵⁶ Este enfoque es ofrecido, p. ej., por ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, p. 104 ss, con una derivación más de derecho positivo; KÖLBEL, *supra* nota 39, p. 142 ss; WOLFF, *supra* nota 39, p. 56 ss, 274 s.; BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, 1998, esp. p. 107 s. Véase también las consideraciones rudimentarias de RENZIOWSKI, *JZ* 1997, 710, 714 s., quien interpreta el *nemo tenetur* como un componente del derecho fundamental a la autodeterminación informativa o como un derecho de control de información; WEBLAI, *ZStW* 110 (1998), 1, 26 ss., 31 ss.; y ROXIN, quien defiende sobre todo la ampliación del principio *nemo tenetur* a la protección contra la autoinculpación por error (*NSzZ* 1995, 465, 466; *ibid.*, *NSzZ* 1997, 18; *ibid.*, FS Geppert, 2011, pp. 549, 556; ya en WOLFSLAST, *NSzZ* 1987, 103, 104). Monografías más recientes sobre el tema, como VERREL, *Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001, p. 8 (véase también *ibid.*, *NSzZ* 1997, 361, 364) y EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, p. 2 ss. y *passim*, prescinden de tal fundamento.

solo pueden utilizarse dentro de los límites establecidos por el principio del *nemo tenetur*. No es casualidad que todos los medios legales de coerción presupongan únicamente una aquiescencia pasiva.⁵⁷ Y, a la inversa, se pone de manifiesto que muchos de los métodos de interrogatorio prohibidos que se mencionan en el § 136a del StPO, como los malos tratos, la administración de medicamentos o la tortura, son claros ejemplos de coacción para la autoincriminación⁵⁸ y, específicamente, por ello, son prohibidos.

(b) Al mismo tiempo, esto deja claro que la *coacción de hecho* debe ser suficiente para que se aplique el principio *nemo tenetur*.⁵⁹ Suponer que una obligación jurídica de proveer información establecería una coacción de autoincriminarse, en el sentido de *nemo tenetur*, conllevaría a la conclusión paradójica de que el uso de una declaración hecha como resultado de tortura (o sea con la “crueldad” o los “malos tratos”, según el § 136a del StPO) no afectaría al principio *nemo tenetur*, dado que estos medios ya son prohibidos. De este modo, no son las obligaciones de informar de la legislación laboral lo que constituye la coacción relevante, sino solo la imposición fáctica de un pedido de información. Esto también significa que las investigaciones internas, que, por iniciativa propia, observen los principios del Código de Procedimiento Penal,⁶⁰ no implican coacción y no están sujetas a las consideraciones descritas anteriormente en II 3.

(c) La referencia al carácter contractual de la obligación de declarar también puede interpretarse de forma diferente, es decir, ya no más como una manera de poner en duda la coacción, sino para indicar un *consentimiento anticipado* a la coacción o una *renuncia* a la libertad de autoincriminarse. Sin embargo, esto es cuestionable, no porque la celebración de un contrato de trabajo no pueda considerarse voluntaria,⁶¹ sino simplemente porque tal declaración de consentimiento o renuncia sería una suposición ficticia. I. ROXIN dice con razón: “el carácter voluntario de la relación laboral difícilmente puede equipararse a un compromiso voluntario de renuncia al derecho de no autoincriminarse”.⁶² De lo contrario, al celebrar un contrato de trabajo, ya se tendrían que observar

⁵⁷ P. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 55 ss.; LR/StPO-Kühne 26^a ed. 2006, Einl J n.º m. 90; BVerfGE, 56, 37, 42 s.

⁵⁸ Véase, p. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 50; *ibid.*, SK-StPO § 136 a n.º m. 4: “Disposición básica para la protección de libertad de testimonio”; LR/StPO-Kühne 26^a ed. 2006, Einl J n.º m. 88; ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 27^a ed. 2012, § 25 n.º m. 15; BVerfGE 56, 37, 43.

⁵⁹ Con el mismo resultado también VON STETTEN, JA 1996, 55, 57; BÖHM, WM 2009, 1923, 1928; KASISKE, NZWiSt 2014, 262, 266.

⁶⁰ O que se realizan de acuerdo con las tesis del colegio federal de abogados (BRAK) sobre el abogado de empresa (declaración n.º 35/2010), sobre ellas IGNOR, CCZ 2011, 143, 144 ss.; MOMSEN / GRÜTZNER, DB 2011, 1792; SIDHU / VON SAUCKEN / RÜHMANNSEDER, NJW 2011, 881; THEILE, ZIS 2013, 378.

⁶¹ Sin embargo, en este sentido, I. ROXIN, StV 2012, 116, 120; KASISKE, NZWiSt 2014, 266; entre los clásicos, KARL MARX, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, (Meiner Philosophische Bibliothek), 2005, p. ej., p. 59: El trabajo de los asalariados “no sería, pues, voluntario, sino obligatorio, trabajo forzado”.

⁶² I. ROXIN, StV 2012, 116, 120.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

las garantías del ordenamiento jurídico para una renuncia válida a la protección del *nemo tenetur* — especialmente las obligaciones de advertencia previstas en el § 136 I 2 del StPO—. El hecho de que esta idea parezca casi absurda demuestra que no se puede hablar en absoluto de una renuncia al *nemo tenetur* en el momento inicial de la celebración del contrato.

(d) La afirmación de que la coacción presente en las investigaciones internas *no es lo suficientemente grave* como para abrir el ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* tampoco es convincente, cuando se toma en cuenta que el § 55 del StPO parece ser una consecuencia de este principio.⁶³ Si esta disposición no existiera, el testigo que corriera el riesgo de autoincriminarse se expondría a la imposición de una multa y una detención administrativa (§ 70 del StPO). Es lógico que esta presión no siempre será mayor que la de la amenaza de perder el empleo. Aunque no quede claro qué intensidad debe tener una coacción prohibida por el *nemo tenetur*, aparentemente, se puede asumir que el umbral de intensidad requerido se superaría en el caso de una amenaza de despido. Tampoco se puede olvidar que la amenaza de despido es el ejemplo clásico de un mal suficientemente grave para configurar el delito del § 240 del StGB.⁶⁴

(3) Se ha establecido así un *primer resultado intermedio*: En las investigaciones internas está definitivamente presente una autoincriminación *forzada*. Queda por aclarar si también están los otros requisitos para la aplicación del principio *nemo tenetur*.

ii. *Nemo tenetur* (I): Uso de los principios de la decisión del deudor fallido (*Gemeinschuldner*):

(1) Dado que el significado y el alcance del principio *nemo tenetur* no están nada claros, parece aconsejable remitirse a la decisión más importante del Tribunal Constitucional al respecto, a saber, la llamada decisión del deudor fallido (*Gemeinschuldner-Entscheidung*, *BVerfGE* 56, 37). Según sus principios rectores, el deudor fallido —es decir, el actual deudor insolvente— no tiene derecho a rechazar la información en los procedimientos de insolvencia (p. 48 ss.). Pero, como contrapartida a este deber ilimitado de información, debía reconocerse una prohibición de su utilización en el proceso penal (p. 50): “El derecho general de la personalidad del deudor fallido se vería desproporcionadamente perjudicado si sus autoincriminaciones, producidas bajo coacción, fueran malversadas en contra de su voluntad y puestas a disposición para su utilización en el proceso penal”. Aplicado a la constelación de investigaciones internas, esto significa que el principio de *nemo tenetur*

⁶³ P. ej., ROGALL, *supra* nota 56, p. 257 (“forma básica da prohibición de autoincriminación”; *SK-StPO*/ROGALL, 4. Ed. § 55 n.ºm. 1; *BVerfGE*, 56, 37, 45.

⁶⁴ P. ej., *BGH*, *NJW*, 1993, 1807.

no justifica *per se* un derecho del trabajador al silencio. Sin embargo, como contrapartida a esta obligación de declarar, debe reconocerse la prohibición de utilización en el proceso penal.⁶⁵

(2) A tal efecto, pueden formularse *consideraciones* de dos niveles.

(a) Las consideraciones más *superficiales* no carecen de importancia, aunque no puedan comprenderse como las últimas palabras. Ellas han encontrado su expresión sobre todo en una decisión reciente del *Tribunal Regional de Hamburgo*, que rechaza la transferibilidad de los principios de la decisión del deudor fallido al derecho de los contratos de seguro, al derecho de las organizaciones y al derecho laboral. El empleado se diferencia del deudor insolvente porque el primero “solo” está sujeto a obligaciones contractuales, y no legales, de proporcionar información.⁶⁶ Las disposiciones legales de los §§ 666 y 675 del Código Civil alemán (BGB) no son constitutivas, sino puramente declarativas, ya que el deber de información surge de la propia relación laboral voluntariamente establecida. En palabras del *Tribunal Regional de Hamburgo*: en las investigaciones internas, existe “una obligación contractual asumida voluntariamente por el interesado para una posible autoincriminación”.⁶⁷ También se puede hacer referencia a la decisión de una Cámara del Tribunal Constitucional Federal, que rechazó las prohibiciones del uso de la prueba, a causa de que el tomador asumió voluntariamente el deber de información ante la aseguradora civil de vehículos.⁶⁸

Ya se ha explicado anteriormente en aa (2) (b) que esto no depende de la naturaleza de la coacción: ya sea fáctica o jurídica, o bien contractual o legal. No obstante, la objeción del *Tribunal de Hamburgo* tiene peso porque señala que las *rationes decidendi* de la decisión del deudor fallido son difíciles de trasladar a la constelación que se acaba de examinar; los casos son demasiado diferentes.⁶⁹

⁶⁵ Véase BÖHM, *WM*, 2009, 1923, 1927 ss.; BITTMANN / MOLKENBUR, *wistra*, 2009, 373, 377 ss.; KOTTEK, *supra* nota 2, p. 120 ss.; BEULKE, *supra* nota 53, n.ºm. 481; RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 273 ss; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 266; probablemente también JAHN / KIRSCH *StV*, 2011, 151, 152 y ROXIN / SCHÜNEMANN, *supra* nota 58, § 25 n.ºm., 14. BÖHM y KOTTEK quisieran utilizar el § 97 (1) frase 3 InsO por analogía. Similarmente, *LAG Hamm*, CCZ 2010, 237, 238 (en investigaciones sobre una violación de la prohibición de concurrencia, según el § 60 del HGB).

⁶⁶ *LG Hamburg*, *NJW*, 2011, 943, 944; véase también en un contexto puramente laboral, *OLG Karlsruhe*, *NStZ*, 1989, 287.

⁶⁷ *LG Hamburg*, *NJW*, 2011, 943, 944; así también MOMSEN / GRÜTZNER, *DB* 2011, 1792, 1795; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 241; WIMMER, *supra* nota 10, p. 549; *GÄDIGK* in KNIERIM / RÜBENSTAHL / TSAMBIKAKIS *supra* nota 1, cap. 18 n.ºm. 29. En el tema también MOMSEN / GRÜTZNER, *DB*, 2011, 1792, 1795.

⁶⁸ *BVerfG*, *NStZ*, 1995, 599; antes *OLG Celle*, *NStZ*, 1982, 393; *NJW*, 1985, 640; en el resultado lo mismo, GEPPERT, *Jura*, 1995, 439, 441 s.; en disidencia de VON STETTEN, *JA*, 1996, 55, 59. Véase también *OLG Oldenburg*, *NStZ*, 1992, 349; *OLG Düsseldorf*, *NStZ*, 1992, 349, con el rechazo de la prohibición de utilizar la información proporcionada por un solicitante de asilo, con el argumento de que no había obligación de proporcionar dicha información; sin embargo, la crítica a esto VON STETTEN, *JA*, 1996, 55, 58 s.

⁶⁹ Idéntico con respecto del resultado, JAHN, *StV* 2009, 41, 44; ZERBES, *ZStW*, 125 (2013), 551, 558 s.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

De hecho, la decisión del deudor fallido no ofrece ninguna justificación para que una obligación contraída contractualmente también provoque una prohibición de utilización de la prueba.

(b) Sin embargo, los problemas reales del uso de la decisión del deudor fallido radican en un nivel aún más fundamental. Pues la *correlación derivada de la decisión entre la obligación legal de autoincriminarse y la prohibición de utilización de la prueba en el proceso penal*⁷⁰ no es sostenible en sí misma, ni encuentra fundamento en la decisión.⁷¹ Si se examina con detenimiento, resulta obvio que las obligaciones legales de autoincriminación no conllevan necesariamente una prohibición de pruebas: así, a nadie se le ocurriría honrar al secuestrador ya mencionado en el punto 2. b) cc) con una prohibición probatoria, en virtud de su obligación legal de revelar el escondite de su víctima. Sin embargo, el fallo del deudor fallido tampoco postula tal regla en ningún momento: la propia sentencia recuerda otros deberes legales de revelación que en ningún caso suponen una prohibición de utilización de la prueba, como los deberes de información y de rendición de cuentas del derecho de obligaciones, del derecho de familia o del derecho sucesorio.⁷² También menciona la prohibición extremadamente restringida de la utilización probatoria del § 393 II de la Ley General Tributaria (AO)⁷³ —una disposición que prohíbe el uso de los resultados obtenidos en los procedimientos fiscales solo para la persecución de un delito no fiscal, y esto bajo la condición de que no se oponga a ello ningún interés público imperativo—. ⁷⁴ La decisión deriva sus consecuencias jurídicas de una ponderación,⁷⁵ sin dejar en claro qué factores se tuvieron en cuenta en este juicio de ponderación. Resulta difícil formular la regla generalizable que se supone como expresión de la decisión.⁷⁶

(3) En otras palabras: suponiéndose correcta la decisión del deudor fallido, es más probable que esa decisión judicial encarne la expresión de una jurisprudencia de ponderación o de equidad

⁷⁰ En este sentido, pero expresamente DINGELDEY, *NSzZ*, 1984, 529, 532 s.; BÄRLEIN / PANANIS, *NJW* 2002, 1825, 1827; WIMMER, *supra* nota 10, p. 548 ss.

⁷¹ La decisión se expresa con cautela y en tercera persona: “En varias ocasiones, la necesidad de salvaguardias se deriva de la Ley Fundamental para todos los deberes de proporcionar información.”

⁷² *BVerfGE*, 56, 37, 45 s. VERREL, *NSzZ* 1997, 361, 363 enumera muchas más obligaciones de este tipo. Véase la reciente sentencia del *OLG Düsseldorf*, *StV* 2004, 269, que se pronunció sobre la compatibilidad de la obligación, según la legislación aduanera, de revelar el dinero en efectivo que se lleve más de €10.000 euros (§ 12a II 1 ZollVG) y la infracción administrativa del artículo 31a I ZollVG, que trata de la no revelación del dinero en efectivo, con el principio *nemo tenetur* (con críticas en BÖSE, *StV*, 2014, 270 ss.).

⁷³ *BVerfGE*, 56, 37, 47. A esto también se refiere GÄDIGK, *supra* nota 67, n.ºm. 29.

⁷⁴ En este sentido, STRECK, *StV* 1981, 362; RÜPING, *NSzZ* 1997, 530, 533 ss. los principios de la decisión del deudor fallido a la obligación de información del derecho fiscal; véase a la obligación de información según la legislación fiscal; también ASELMANN, *NSzZ*, 2003, 71; más detalladamente acerca de todo, EIDAM, *supra* nota 56, p. 199 ss.

⁷⁵ *BVerfGE* 56, 37, 49 s.

⁷⁶ Asimismo, VERREL, *NSzZ*, 1997, 361, 364 s.; igualmente, *Stürmer NJW*, 1981, 1757, 1763; STAUDER, *GRUR Int* 1982, 226, 231.

orientada a la proporcionalidad. Poco se puede deducir con seguridad de su fundamentación explícita para otros grupos de casos.

iii. Nemo tenetur (II): Imputación de la acción supuestamente privada al Estado:

(1) Como consecuencia, tendremos que prescindir del soporte de la decisión del deudor fallido, que en sí misma no es muy fiable. Es cierto que hay una obligación de autoincriminación (*supra* aa). Parece igualmente plausible que esto no sea suficiente para una aplicación del principio *nemo tenetur* y para una prohibición de pruebas. Porque no solo la amenaza de despido, sino también la amenaza de suicidio, p. ej., es una amenaza de un mal grave en el sentido del § 240 del Código Penal.⁷⁷ La idea de asumir una prohibición de pruebas para este último caso, en el que el marido confiesa bajo la presión de su esposa que amenaza suicidarse —que prefiere morir antes de saber que está casada con un criminal que evade su responsabilidad— es bastante remota. La razón de ello parece ser que la coacción proviene de una instancia puramente privada. Es verdad que el principio del *nemo tenetur* se contenta con una coacción de hecho (véase *supra* aa [2] [b]), pero, para ello, debe tratarse en principio de una *coacción estatal*. Y esto también nos lleva a una cuestión central del problema de las investigaciones internas: la coacción que se plasma en ellas se ejerce, a primera vista, de forma privada.

Dos estrategias de argumentación son posibles. La primera, más modesta, trata de describir la situación de otra manera, es decir, de mostrar que en realidad no solo hay aquí una acción privada, sino que el comportamiento de los investigadores puede atribuirse al Estado. Ello es el objeto de la presente sección. El segundo punto de vista, más radical, aboga por una ampliación del ámbito de aplicación del principio *nemo tenetur* a la acción no estatal; esto último será el objeto de la siguiente sección (*infra* dd).

(2) La cuestión es saber si hay motivos para atribuir al Estado la conducta de los particulares.

(a) Ocasionalmente, la imputación se reconduce al precepto del § 888 ZPO, que permite exigir el cumplimiento del deber de información (como una prestación de hacer no fungible) mediante la amenaza de una multa y un arresto.⁷⁸ Incluso si se parte de la coercibilidad del deber de información,⁷⁹ esto parece cuestionable cuando se tiene en cuenta no solo la constelación de investigaciones internas, sino también los casos típicos de administración desleal —como el caso del

⁷⁷ En lugar de todos, ESER / EISELE in Sch/Sch-StGB, 29ª ed. 2014, § 240 n.ºm. 31.

⁷⁸ BÖHM, WM 2009, 1923, 1928; KNAUER / BUHLMANN, AnwBl. 2010, 387, 393; KNAUER / GAUL, NSzZ 2013, 192, 194, pero en contra MOMSEN, ZIS, 2011, 513.

⁷⁹ En contra, p. ej., GERST, CCZ 2012, 1, 3; RAUM, StraFo, 2012, 395, 397; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 240 s.; para críticas, BÖHM, WM 2009, 1923, 1925.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

arquitecto desleal, decidido por el *BGHZ* 41, 318—. Incluso si al titular del patrimonio se le conceden los medios coercitivos del § 888 ZPO frente a su representante, difícilmente se podrán postular prohibiciones de prueba respecto de las declaraciones de este representante.

(b) KOTTEK propone una nueva figura de imputación, que denomina *coautoría técnico-investigativa*.⁸⁰ Si, p. ej., con respecto del uso de métodos de interrogatorio prohibidos en el sentido del § 136a StPO, existe una intención conjunta de practicar la acción investigativa, así como la ejecución conjunta, la función protectora de la disposición debería aplicarse independientemente de cuál de los dos lados (investigadores privados o estatales) lleve a cabo o ejecute realmente el método prohibido. Por lo tanto, la intención de condenar al responsable constituiría la decisión conjunta de practicar la acción investigativa. Pero la ejecución conjunta también estaría presente: el defecto que supone la falta de participación del Estado en la realización de los interrogatorios podría ser sustituido por el plus en la planificación de la acción investigativa, siempre que la intención de la acusación se extendiera a la circunvalación deliberada de las normas procesales. De tal modo que, si la fiscalía decide —*a posteriori*— obtener información sobre la base de las investigaciones privadas, sería posible establecer la imputación según los principios de la llamada coautoría sucesiva.

La referencia análoga a los principios de imputación del derecho penal material no es cuestionable; también ya nos referiremos a ellos (véase más adelante en [d]), puesto que proporcionan normas precisas y generalmente válidas para la atribución de responsabilidad en casos de colaboración colectiva, por lo que resulta obvio referirse a ellos. Un problema, sin embargo, es que no solo se recibe acriticamente el núcleo de estos principios, sino también dos concreciones extremadamente cuestionables de ellos: la coautoría mediante la contribución al delito en la fase preparatoria y la figura de la coautoría sucesiva. Ambas son muy controvertidas y, desde una visión correcta que no se puede justificar aquí, inaceptables.⁸¹ De esta manera, una conclusión por analogía no encuentra soportes sólidos.

(c) *La inducción como causa de imputación*. A menudo se afirma que la imputación de una conducta privada al Estado sería obvia, porque las investigaciones internas son regularmente inducidas por el Estado.⁸²

Allí está una idea promisoriosa. En el caso de las acciones de las *autoridades alemanas*, especialmente de la fiscalía alemana, no hay ninguna razón aparente para rechazar la construcción de la

⁸⁰ KOTTEK, *supra* nota 2, p. 161 ss.

⁸¹ Véase ROXIN, AT II § 25 n.º m. 203, 227 s.; LK/StGB-Schünemann 12ª ed. § 25 n.º m. 182, 200.

⁸² WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68, 70, 73; WEWERKA, *supra* nota 1, 245 ss; cerca de JAHN, *StV*, 2009, 41, 45, que sigue requiriendo una mala conducta sistemática e intencionada por parte de los investigadores para prohibir la utilización.

imputación.⁸³ Aquí se puede dejar abierto si se debe argumentar con la figura de la instigación del derecho penal material o servirse de la intervención indirecta de los derechos fundamentales, según los principios de derecho público.⁸⁴ Porque es obvio que aquel que provoca el ejercicio de la coacción, ya no podrá más —a primera vista— distanciarse de la coacción subsiguiente.

Solo hay que precisar qué debe entenderse aquí por el *concepto de inducción*. Queda claro que se trata de una *influencia activa* de los órganos de persecución sobre la empresa. La cuestión es saber hasta dónde hay que ir más allá de ello: p. ej., si la fiscalía debería dirigir una indagación informal a una empresa; o dar una orden a la empresa,⁸⁵ o amenazar explícitamente con el inicio de sus propias investigaciones; o si incluso hace falta una “conducción” de las investigaciones por parte del Estado.⁸⁶ Hay que tener en cuenta aquí que toda influencia de los órganos de persecución penal en la formación de la voluntad de una empresa —que se convierte, desde una perspectiva de causalidad adecuada, en el inicio de investigaciones internas, o incluso de una sola medida de investigación individual— tiene un carácter implícito de amenaza, en el sentido de una amenaza por el mal sensible de iniciar una investigación o un procedimiento sancionador contra la propia empresa. Entonces, en la terminología jurídico-material, incluso una pregunta informal de la fiscalía puede constituir una coacción que rompa la voluntad, lo que convierte a la empresa en un instrumento de la fiscalía (§ 25 I Var. 2 StGB).⁸⁷ Por lo tanto, la inducción estará siempre presente si el desarrollo de las investigaciones internas o de determinados actos individuales de investigación, puede atribuirse de manera *adecuadamente causal* a una *influencia activa de la fiscalía*.

Esto también resuelve la objeción de que las empresas o los directivos de las empresas no estarían obligados a responder a una solicitud de información de las autoridades de persecución

⁸³ Queda sin respuesta cómo deben ser las consecuencias en el caso de acciones de autoridades extranjeras (como la *Securities and Exchange Commission 'SEC'* en el caso Siemens). No será posible afirmar la imputación a partir de una observación general (pero, respecto a esto, WASTL / LITZKA / PUSCH, *NSz* 2009, 68, 71); más bien, sería necesaria una discusión de la opinión predominante, que rechaza las prohibiciones de valoración incluso en el caso de violaciones jurídicas por parte de otros estados (para más detalles, véase KRÜBMAN, *Transnationales Strafprozessrecht*, 2009, p. 691 ss.).

⁸⁴ En otro contexto, RENZIKOWSKI, *JZ* 1997, 711, 715 s.

⁸⁵ En este sentido, WEWERKA, *supra* nota 1, p. 246 s.

⁸⁶ DANN / SCHMIDT, *NJW* 2009, 1851, 1852, 1855 se refieren a esto con referencia a una decisión del Tribunal Supremo estadounidense (con más detalle WEHNERT, *NJW* 2011, 1190).

⁸⁷ No será necesario entrar en la discusión sobre la calidad de la amenaza capaz de fundamentar una autoría mediata, esto es, si se debería alcanzar la intensidad del § 35 del *StGB* (estado de necesidad exculpatório) (véase, por todos, ROXIN, *AT II*, § 25 n.ºm. 48 ss.; SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, § 25 n.ºm. 71), ya que, si se teme la persecución penal, existe un peligro para la libertad, que está protegido por el estado de necesidad exculpatório del Derecho alemán. Sin embargo, a primera vista, la situación es diferente si solo se trata de un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, la analogía con el derecho penal sustantivo no tiene por qué ser tan estricta; las normas de imputación del derecho penal sustantivo se utilizan aquí más bien como modelos universalmente válidos para atribuir la responsabilidad en vista de las acciones de una pluralidad de personas.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 14 (2022)

penal.⁸⁸ Pues ella no solo ignoraría la existencia, frecuentemente afirmada, de una obligación legal de llevar a cabo las investigaciones internas,⁸⁹ sino sobre todo el hecho de que incluso una solicitud de información legalmente no vinculante por parte de los órganos de persecución puede ejercer una presión de hecho que ciertamente puede considerarse como causa de la imputación.

Así que se ha obtenido un *primer resultado claro*. Cuando las investigaciones internas se basan en una inducción de la fiscalía alemana, los resultados obtenidos por medio de una autoincriminación forzada ya no pueden utilizarse posteriormente en un proceso penal.

(d) *Aprovechamiento como causa de imputación*. Sin embargo, las investigaciones internas no siempre vendrán precedidas de dicha solicitud. En esa situación, ¿se pueden utilizar las informaciones obtenidas mediante una autoincriminación forzada sin más en los demás casos más frecuentes de la práctica? Esto es precisamente lo que pretenden evitar quienes opinan que el aprovechamiento de la información obtenida por el Estado acusador ya encarna un motivo de imputación.⁹⁰ Según PFORDTE, “no es descabellado hablar de que los investigadores privados también actúan por encargo de las autoridades investigadoras y que, por ello, su conducta es imputable a las autoridades”, “cuando las autoridades estatales aprovechan el impulso de las empresas para investigar y reducen sus propios esfuerzos de investigación al respecto”.⁹¹ De lo contrario, sería fácil circunvalar la protección de la prohibición de pruebas. Del mismo modo, KASPAR reconoce ya una imputación de la conducta privada al Estado, cuando las autoridades toman conocimiento de las investigaciones y las asienten.⁹²

La idea es sin duda atractiva. De hecho, cabe preguntarse si cualquier información obtenida bajo coacción no estaría contaminada y si el hecho de lavarse deliberadamente las manos, esperando a que otro haga el “trabajo sucio”, no debería ser un argumento para alejarse de todo ello. Correctamente, hay que diferenciarlo aquí.

El *concepto del aprovechamiento* es ambiguo en el sentido de que abarca tanto los casos en los que las autoridades fiscales reciben la información como un regalo inesperado, como en los que las autoridades esperan la “sorpresa” desde el principio, pero retrasan el inicio formal de una

⁸⁸ DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1852; KNAUER / BUHLMANN, *ANWBL.* 2010, 387, 390.

⁸⁹ Véase la nota 13.

⁹⁰ PFORDTE, *supra* nota 20, p. 755, que, por tanto, propone aplicar análogamente el § 136 a *StPO*; véase también DANN / SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1855; en disidencia WEWERKA, *supra* nota 1, p. 248 ss.

⁹¹ PFORDTE, *supra* nota 20, p. 755.

⁹² KASPAR, *GA* 2013, 193, 219.

investigación precisamente para poder recoger mejor los frutos del trabajo ajeno.⁹³ En un sistema procesal penal como el alemán, tal espera significará regularmente una violación del principio de legalidad, que exige que la investigación de los hechos comience desde la sospecha inicial (§ 152 II StPO). Al menos, en los grupos de casos, en los cuáles exista una sospecha inicial, pero la investigación oficial no se inicia, en violación al principio de legalidad, no será posible negar la imputación estatal de la conducta privada. El Estado no debe asegurarse ninguna ventaja de una infracción deliberada de la ley; esto revelaría una actitud que parece inaceptable, precisamente, entre quienes se ha confiado la tarea de perseguir las infracciones de la ley practicadas por terceros.⁹⁴

Así se puede establecer un segundo fundamento de imputación, que lleva a prohibir el uso de las declaraciones realizadas bajo coacción —a primera vista— privada: el *aprovechamiento —premeditado desde el inicio—* de los resultados de las investigaciones privadas, ante la falta de una investigación oficial, resultaría un *desprecio al principio de legalidad*.⁹⁵ Al mismo tiempo, esto da lugar a ciertos límites: pues solo cuando existe la sospecha de un *delito de acción pública* es que la Fiscalía estará obligada, sin más, a iniciar una investigación preliminar.⁹⁶

(3) Como *conclusión*, se puede afirmar que la coacción a declarar será imputable al Estado y dará lugar a una prohibición de pruebas si las investigaciones internas son *iniciadas* por las autoridades —alemanas— de persecución penal o si las autoridades de persecución, con la intención de recoger los frutos de las investigaciones, *ilícitamente retrasan el inicio de la investigación oficial, a pesar de una sospecha inicial suficiente de un delito (§ 152 II StPO)*.

iv. Nemo tenetur (III): Ampliación del ámbito de protección a las conductas privadas:

Todavía cabría preguntarse si la construcción de la imputación no llegaría demasiado tarde o, también, si ella no permanecería demasiado apegada a una dicotomía tradicional —a saber, entre lo público y lo privado, entre subordinación/supremacía e igualdad— que, ante la realidad de las

⁹³ En este segundo grupo de casos, podría quedar un poco relegado en las explicaciones de WIMMER, *supra* nota 10, p. 551, según las cuales las investigaciones internas deberían contribuir incluso a la aplicación del principio de legalidad.

⁹⁴ Sobre la importancia de estos argumentos relacionados con el carácter o (en terminología filosófica moral) con la virtud en los procesos penales, véase GRECO, *supra* nota 22, p. 61 ss. Una tesis similar es la expuesta por BÄRLEIN / PANANIS, *NJW*, 2002, 1825, 1828 ss., en el estrecho contexto del conflicto entre las obligaciones de cooperación del derecho procesal administrativo (es decir, soberano y no, como aquí, contractual) y el *nemo tenetur*.

⁹⁵ No se debe ignorar las dificultades prácticas para probar la violación del principio de legalidad, lo que conllevaría a la prohibición de admitir pruebas. Sin embargo, aquí se trata más de un problema general de la estructura del procedimiento de investigación —de origen anterior al Estado de Derecho— que todavía se concibe en gran medida más como *internum*, extrajurídico, del Estado (véase, en detalle y de forma pionera, BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, 1992, p. ej., p. 184 ss., 239 ss., 406 ss., y *passim*), que en una dificultad de la solución aquí sugerida.

⁹⁶ Véase por todos *SK/StPO-Wefßlau*, 4^a ed. 2011, § 152 n.º m. 17, 21, 22.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

investigaciones internas, parece casi polvorienta. La cuestión de la imputación no tendría sentido si se relativizara la limitación del ámbito de aplicación del *nemo tenetur* al comportamiento estatal.⁹⁷

Sin duda, hay mucho que decir con respecto de esta tesis audaz. El entrelazamiento típico de la conducta estatal y privada en la constelación examinada aquí ya se ha señalado en la descripción del problema presentada anteriormente. Se podría añadir como argumento que la propia existencia del derecho laboral, que poco a poco se ha ido independizando del derecho civil clásico,⁹⁸ atestigua una insatisfacción con la dicotomía clásica, en última instancia, antigua-liberal, de la que también vive el Código Civil alemán, algo que Menger criticó ya en 1890.⁹⁹

No se puede ocultar la desigualdad material entre empresario y trabajador invocando la igualdad formal. Por ello, los principios de derecho público, como el principio de proporcionalidad en particular, han podido establecerse en el derecho laboral.¹⁰⁰ El derecho laboral tiene incluso un principio —modesto y controvertido en su alcance exacto— *nemo tenetur* para el ámbito de la protección contra el despido.¹⁰¹

Sin embargo, en el presente artículo no se dará este atrevido paso. El principio *nemo tenetur*, conocido por el derecho procesal penal, podría tener mucho que ver con el hecho de que es especialmente problemático obligar a alguien, a quien se quiere castigar, a que también coopere con ello. Sin embargo, esta afirmación solo podría respaldarse si se dispusiera del fundamento del principio *nemo tenetur* que ya ha sido declarado necesario *supra* en b aa) (2). Precisamente porque ese fundamento aún no es evidente, parece aconsejable proceder con cautela. Los pasos audaces, entendidos como aquellos que cuestionan las premisas fundamentales del modo de pensar convencional o —en el lenguaje de la teoría científica—¹⁰² el paradigma probado, solo deben intentarse cuando se pueda presentar un paradigma alternativo y mejor, o cuando los problemas no

⁹⁷ En este sentido, THEILE, *StV* 2011, 381, 385 (“acumulación de potenciales de control”); ZERBES, *ZsR* 125 (2013), 551, 567 ss.: “Esta separación entre lo estatal y lo privado hace imposible tratar adecuadamente el fenómeno de las investigaciones internas: estas investigaciones se evalúan según un criterio de mera forma, mientras que se ocultan las estructuras de poder que realmente subyacen a ellas” (p. 571); KASISKE, *NZWiSt* 2014, 262 ss., en relación con las situaciones que denomina investigaciones internas “sustitutivas”.

⁹⁸ Véase WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed. 1967, p. 549 ss.

⁹⁹ MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890; sobre MENERG véase LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed. 2004, § 2 n.ºm. 40 (muy brevemente la 10.ª ed. 2012, WOLF/NEUNER § 9 n.ºm. 5).

¹⁰⁰ Véase, p. ej., BAG, NZA-RR 2009, 362, 366; DANN/SCHMIDT, *NJW*, 2009, 1851, 1853.

¹⁰¹ Véase, p. ej., BAG, NZA 1996, 637, 638 s.; NZA-RR 2009, 362, 364; U. Fischer, BB 2003, 522, 524; EBELING, *Die Kündigung wegen Verdachts*, 2006, p. 173 s.; BÖHM, *WM* 2009, 1923, 1926 s.; RUDKOWSKI, NZA 2011, 612, 613.

¹⁰² Con base en KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3. Aufl., Chicago/London, 1996, p. 23 ss., 43 ss.

puedan superarse de otro modo.¹⁰³ Esto último puede probablemente descartarse, ya que podrían encontrarse soluciones manejables y plausibles en forma de los dos grupos de casos propuestas anteriormente de imputación, sin tener que salir del marco del paradigma tradicional.

c. Consecuencia jurídica:

Se puede atribuir al Estado las declaraciones autoincriminatorias, bajo la coacción del empleado en los dos grupos de casos y, de tal modo, derivar de ello una prohibición de prueba. Lo único que queda por aclarar es la forma de esta prohibición de pruebas.

Aquí hay que abogar enfáticamente por una *prohibición de uso con efecto reflejo o indirecto (Fernwirkung)*¹⁰⁴ y no una pálida prohibición de utilización de pruebas. Una prohibición de utilización, entendida como una prohibición de basar el veredicto de culpabilidad en determinadas pruebas, no significa más que un compromiso incompleto y, también, por ello, insincero con el *nemo tenetur*. Porque, mientras las pruebas coaccionadas se puedan utilizar libremente como indicios para el descubrimiento de otras pruebas, merecerá la pena delegar las investigaciones a los particulares, ya sea por una inducción directa o por una espera ilegal.

Esto no ignora las reservas de la jurisprudencia sobre tal efecto reflejo o indirecto;¹⁰⁵ pero, habría que preguntarse hasta qué punto ellas mismas no representan ya la expresión de una actitud que ve el principio *nemo tenetur* más como un obstáculo molesto que un principio fundamental de todo procedimiento penal legítimo. No hay por qué temer a una paralización del proceso penal,¹⁰⁶ ya sea o bien porque las autoridades de persecución criminal se abstienen de estimular a las

¹⁰³ GRECO, GA, 2009, 636, 642, 647 ss., en el sentido de un conservadurismo metodológico y con otras referencias de la literatura filosófica.

¹⁰⁴ THEILE, *StV* 2011, 381, 386; GERST, *CCZ* 2012, 1, 3; ROTSCHE, *supra* nota 1, § 52; KASISKE, *NZWiSt* 2014, 267; diferentemente RÖDIGER, *supra* nota 12, p. 308 ss. Probablemente también WASTL / LITZKA / PUSCH, *NStZ* 2009, 68. Véase también, sin referencia al problema aquí tratado, el dictamen especial de HEUBNER, *BVerfGE* 56, 37, 53; KÜHNE, *EuGRZ* 1981, 313, ambos en relación con la constelación del deudor concursal; STRECK, *StV* 1981, 362, 363 y EIDAM, *supra* nota 56, p. 188, ambos con respecto a información del deudor fiscal; también el § 97 I 3 InsO, según el cual, la prueba “solo puede utilizarse con el consentimiento del deudor”, lo que algunos entienden como una prohibición de pruebas con efecto remoto (así BITTMANN / RUDOLPH, *wistra* 2001, 81, 84 s.; HEFENDEHL, *wistra* 2003, 1, 6 s.); en general, para todas las violaciones de *nemo tenetur* SK-StPO/ROGALL, vor § 133 ss. Solo para una prohibición de uso sin efecto remoto BITTMANN / MOLKE, *wistra*, 2009, 373, 378; WEWERKA, *supra* nota 1, p. 301.

¹⁰⁵ *BGHSt* 27, 355, 357 s.; 51, 1, 8; MEYER-GÖBNER en *StPO-Komm*, Einl n.ºm. 57, con otras referencias.

¹⁰⁶ El argumento estándar contra un efecto remoto de las prohibiciones de pruebas, esencialmente en *BGHSt* 27, 355, 358.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 14 (2022)

investigaciones internas, o, más bien, de acuerdo con el principio de legalidad, se investiga de inmediato cualquier sospecha inicial eventualmente existente.¹⁰⁷

IV. Conclusión

El entrelazamiento entre intervenciones públicas y privadas, que es único en la constelación de investigaciones internas, pone en jaque premisas fundamentales del modelo procesal penal liberal. Según la opinión predominante, la obligación de información derivada de la autonomía privada (es decir, creada por un contrato de trabajo), que ni siquiera debería ablandarse ante el riesgo de autoincriminación, no se compensaría con la prohibición de utilizar la información autoincriminatoria en un eventual procedimiento penal posterior.

A partir de un examen crítico de los enfoques más importantes formulados en la literatura para resolver esta tensión, se ha desarrollado una posición propia. No se cuestiona el deber de información que impone la legislación laboral. Una prohibición general de la utilización de todas las declaraciones basadas en las obligaciones legales sería una generalización demasiado atrevida de las razones nada inequívocas de la sentencia del deudor fallido. Partiendo de la idea de que en los grupos de casos puede existir una coacción de hecho a la autoincriminación, hemos examinado si tal coacción, que parece privada, no es en realidad atribuible al Estado. Hemos respondido afirmativamente en los dos grupos de casos: en primer lugar, la respuesta es afirmativa, cuando las autoridades de la persecución penal proporcionan el impulso para el inicio de las investigaciones, es decir, cuando las *inducen*; en segundo lugar, la respuesta es afirmativa también, cuando ellas retrasan el inicio de una investigación, a pesar de la existencia de una sospecha inicial, es decir, en violación del principio de legalidad, con el fin de *aprovechar* —a posteriori— los resultados de las investigaciones internas, alcanzados mediante declaraciones bajo coacción. De esta manera, se concluye que el problema se puede gestionar satisfactoriamente en el marco de la tradicional dicotomía entre la acción privada y pública.

¹⁰⁷ Incluso la conclusión *a fortiori* de que un efecto remoto ni siquiera se supondría en el caso de violaciones del § 136a del Código de Procedimiento Penal por parte de las autoridades de persecución penal (SALVENMOSER / SCHREIER, *HWSSt*, 15.ª parte, n.ºm. 72; igual en el resultado BITTMANN / MOLKENBUR, *wistra* 2009, 373, 378), es menos una crítica al punto de vista aquí adoptado que una razón para reconsiderar esta interpretación restrictiva sobre las consecuencias de las violaciones del § 136a del Código de Procedimiento Penal, es decir, contra una disposición que se supone como la “expresión de la actitud fundamental del Código de Procedimiento Penal hacia el Estado de Derecho” (*BGHSt* 15, 358, 364).